

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA REPRÉSENTATION A ROME

DANS
LES ACTES EXTRAJUDICIAIRES

spécialement dans
les Actes créateurs et extinctifs d'Obligations

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 16 Mars 1899, à 8 heures 1/2

PAR

EUGÈNE MAGNIN

Jugé suppléant au Tribunal civil de Montargis.

Président : M. GÉRARDIN, *professeur*.
Suffragants : { MM. JOBBÉ-DUVAL, *professeur*.
 GIRARD, *professeur*.

PARIS

A. PEDONE, Editeur

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, Rue Soufflot, 13

1899

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE
LA REPRÉSENTATION A ROME

DANS
LES ACTES EXTRAJUDICIAIRES

spécialement dans
les Actes créateurs et extinctifs d'Obligations

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Jeudi 16 Mars 1899, à 8 heures 1/2

PAR

EUGÈNE MAGNIN

Juge suppléant au Tribunal civil de Montargis.

Président : M. GÉRARDIN, professeur.

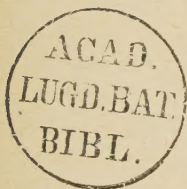
*Suffragants : { MM. JOBBÉ-DUVAL, professeur.
GIRARD, professeur.*

PARIS

A. PEDONE, Editeur

LIBRAIRE DE LA COUR D'APPEL ET DE L'ORDRE DES AVOCATS
13, Rue Soufflot, 13

1899



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA REPRÉSENTATION A ROME

dans les Actes extrajudiciaires
spécialement dans les Actes créateurs et extinctifs
d'obligations.

INTRODUCTION

Notre droit français admet formellement qu'un acte juridique peut ne produire aucun effet à l'égard des parties qui l'accomplissent — ou seulement à l'égard de l'une d'elles — pour réaliser toutes ses conséquences à l'égard d'autres personnes étrangères en réalité à la confection de cet acte. Je peux en un mot faire un acte au nom d'autrui, de telle sorte que les droits et obligations qui en dérivent naîtront non pas en ma personne mais en celle d'autrui. J'acquerrai ainsi à autrui un droit réel ou un droit de créance, j'aliénerai son droit de propriété, je le rendrai débiteur, je le libérerai de son obligation. C'est là ce qu'on appelle la *représentation*. Un individu absent au contrat est

traité comme s'il y avait été partie ; à l'inverse celui qui réellement a figuré au contrat au nom de l'absent est traité comme s'il n'y avait aucunement participé.

Ce principe est consacré par les articles 1984 et 450 du Code civil où nous relevons :

Article 1984 : « Le mandat est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et *en son nom* ».

Article 450 : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le *représentera* dans tous les actes de la vie civile ».

Ainsi, en droit français, lorsqu'un mandataire ou un tuteur fait un contrat pour le compte de son mandant ou de son pupille, il a le droit, et même le devoir, de le faire *au nom* de celui dont il gère les intérêts. Il en résulte que le contrat intervenu ne produit aucun effet à l'égard du mandataire ou du tuteur, mais qu'il produit toutes ses conséquences sur la tête du mandant ou du mineur.

Cette règle est aujourd'hui d'une application tellement usuelle qu'elle semble l'expression de la réalité même. Mais si l'on réfléchit, on remarque bien vite que la représentation est une institution purement arbitraire, une création artificielle du législateur, une fiction légale destinée à faciliter les rapports entre les

hommes, et cette observation est confirmée par l'étude du droit romain. Les jurisconsultes de Rome qui cependant n'étaient pas avarés de fictions ont reculé devant celle-ci. Ils en ont, il est vrai, approché peu à peu, mais ils ne l'ont jamais, même sous Justinien, formulée d'une façon générale ; c'est ce qui résulte notamment du frag. 11 D. De oblig. et act. 44, 7 : « *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt ; et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus* ». Dans la réalité des choses, en effet, une convention formée entre deux personnes ne saurait avoir d'effet en dehors d'elles. Elle ne saurait dépouiller un tiers de son droit ni lui faire acquérir un droit nouveau. C'est en vain que vous m'autoriseriez formellement à contracter pour vous. Je ne puis me dépouiller de ma personnalité pour prendre la vôtre ; je ne puis pas faire que je sois vous. C'est par une fiction exorbitante qu'une personne, dans la représentation, abdique sa propre personnalité, sort d'elle-même en quelque sorte pour revêtir la personnalité d'un tiers, son mandant par exemple, et les Romains n'ont pas jugé qu'il fût possible d'admettre cette sorte d'abdication de soi-même qui, d'ailleurs, n'a pas plus existé chez eux dans le domaine politique et législatif qu'en ma-

tière juridique. Les républiques antiques n'ont jamais pratiqué le régime représentatif. Les citoyens intervenaient personnellement dans le vote des lois et l'élection des magistrats ; ils auraient considéré comme contraire à la liberté de nommer à cet effet des représentants ou députés.

Le système romain de la non représentation a des avantages qu'on ne peut méconnaître. Cela est si vrai qu'il prévaut aujourd'hui encore en droit commercial dans le contrat de *commission*. En m'adressant à un commissionnaire, je n'ai pas à m'inquiéter, grâce à la non représentation, de la personnalité des tiers dont il est le fondé de pouvoirs ou des tiers avec lesquels il contractera pour mon compte. Quand je vends des marchandises à un commissionnaire chargé d'acheter pour autrui, peu m'importe la solvabilité d'autrui, il me suffit que le commissionnaire soit sérieux, honorable, solvable. De même quand j'achète des marchandises au commissionnaire d'autrui, c'est à ce commissionnaire et non à son commettant, que je demanderai, s'il y a lieu des dommages-intérêts pour inexécution du contrat. Bien plus, par la convention très usitée de *ducroire*, je peux rendre mon commissionnaire responsable de l'insolvabilité des tiers avec lesquels il a traité pour mon compte, alors même qu'il n'y aurait aucune faute de sa part. La personnalité du commissionnaire se trouve ainsi seule en cause : les

tiers n'ont pas à rechercher le commettant, et le commettant n'a pas à les connaître.

De même, quand je traitais à Rome avec un mandataire, je n'avais pas à m'occuper de la solvabilité du mandant ni de l'étendue des pouvoirs du mandataire ; il me suffisait de savoir que celui avec qui je contractais était solvable ; ce qu'il m'avait promis, il me le devait, et il ne pouvait pas me renvoyer à un prétendu mandant. Quand je traitais avec un tuteur, je n'avais pas à m'occuper de la solvabilité du pupille. Quand je contractais avec un associé, je n'avais pas à m'enquérir de la valeur de ses coassociés. Ce système simplifiait évidemment les conditions des conventions, chacun n'ayant à connaître que son cocontractant. Il ne faut donc pas trop reprocher aux Romains d'avoir manqué de prévoyance et d'esprit pratique en repoussant la représentation, puisque nous voyons précisément qu'aujourd'hui dans les affaires qui exigent au plus haut degré les conditions de rapidité et de sécurité, c'est-à-dire dans les affaires commerciales, on a abandonné la fiction de la représentation pour en revenir au vieux principe romain.

La non représentation avait en revanche des inconvénients graves qui expliquent les dérogations successives et de plus en plus larges qui furent apportées à la règle primitive par les jurisconsultes de

Rome et qui aboutirent à l'institution par le législateur moderne du principe diamétralement opposé.

Prenons par exemple l'hypothèse du mandat. La non représentation du mandant par le mandataire pouvait nuire soit au mandant, soit au tiers avec lequel le mandataire avait contracté pour le compte du mandant. Si, par exemple, le tiers est devenu créancier du mandataire seul et que celui-ci soit insolvable, le tiers sera en perte. Sans doute le mandataire a une action en recours contre le mandant, l'action *mandati contraria* ; mais le tiers n'a pas un droit de gage exclusif sur cette action. Elle figure dans le patrimoine du mandataire pour tous ses créanciers et le tiers n'y peut prétendre qu'un simple dividende bien qu'il n'ait peut-être accepté de traiter avec le mandataire qu'en considération du mandant, et parce qu'il savait celui-ci d'une solvabilité certaine. — Dès lors, en présence d'un mandataire d'une solvabilité douteuse, les tiers s'abstiendront de traiter malgré la solvabilité notoire du mandant. Il en résulte une entrave considérable au développement des transactions et des affaires.

J'ai dit que ce système avait aussi des inconvénients pour le mandant. Le mandataire, en effet, a pu acquérir contre des tiers des droits de créance considérables qui se sont fixés sur sa tête. Le mandant peut bien exiger la cession des actions par l'action

mandati directa ; mais le mandataire peut avoir touché le paiement des créances et en avoir dissipé le prix. Si même on le suppose encore investi des actions, et qu'il soit insolvable, les actions par lui acquises pour le compte du mandant font partie du gage général de ses créanciers, et le mandant ne recevra qu'un paiement proportionnel. Ici encore nous aboutissons à une solution contraire à la création et au développement des entreprises industrielles et commerciales. Comment un capitaliste se déciderait-il à fonder par l'entremise de mandataires — employés, préposés, commis, — des ateliers, des succursales, des comptoirs à travers le monde, si les droits résultant des contrats faits pour son compte et grâce à sa fortune se fixent sur la tête de ces mandataires souvent insolvable, et s'il en est réduit contre eux à une action personnelle en reddition de compte ?

Aussi les jurisconsultes ne tardèrent-ils pas à apporter des tempéraments à la règle primitive, et c'est le mouvement de ces dérogations, cet acheminement progressif vers la représentation que nous voulons étudier. Nous nous préoccupons spécialement des actes créateurs et extinctifs d'obligations. Cependant nous ne pouvons pas passer sous silence la question de l'aliénation et de l'acquisition de la propriété où l'on trouve une importante brèche au principe. Cette

théorie se lie intimement à notre sujet ; elle en est en quelque sorte la question préjudicielle. Pour ce qui touche en effet la création des obligations, l'aliénation de la propriété exerce une influence capitale ; c'est de cette aliénation que dérivent l'*actio certæ creditæ pecuniæ*, la *condictio indebiti*, la *condictio sine causa* et ses nombreuses variétés. Si nous pouvons aliéner la propriété par l'intermédiaire d'un tiers, nous acquérons en échange une créance par l'intermédiaire de ce tiers agissant pour notre compte. La remise de la simple détention est aussi une condition nécessaire pour faire naître les actions *locati*, *depositi*, *commodati* : dès lors, après avoir fait avec vous une convention de louage ou de dépôt de ma chose, je pourrai vous la faire remettre par autrui, puisqu'on peut transférer par mandataire le *corpus rei*.

Il en est de même pour l'extinction des obligations. Le mode ordinaire d'extinction est le paiement qui s'opère — en nous plaçant dans le cas ordinaire, celui d'une obligation de *dare* — par un transfert de propriété. Etant admis qu'on peut transférer la propriété par autrui, un tiers pourra payer pour moi et me libérer de ma dette.

Ainsi la non représentation dans le transfert de la propriété fait corps avec notre sujet et le domine en quelque sorte, mais comme cette question ne fait pas l'objet principal de cette étude, nous ne ferons que

l'effleurer, nous bornant aux notions nécessaires à l'intelligence de notre sujet.

Nous diviserons nos explications en deux parties :

Dans la première, nous examinerons brièvement la non représentation dans le transfert de la propriété.

Dans la seconde, beaucoup plus développée, nous envisagerons le fonctionnement du même principe dans les actes créateurs et extinctifs d'obligations.

PREMIERE PARTIE

DE LA NON REPRÉSENTATION DANS LA TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ

Nous distinguerons l'acquisition et l'aliénation.

§ 1. — *Acquisition.*

Dès l'époque la plus ancienne du droit romain, on put acquérir la propriété par les personnes en puissance. Ce résultat était possible même par l'emploi d'un mode solennel, pourvu que le subordonné eût l'usage de ce mode. Ainsi mon esclave et mon fils pouvaient par mancipation me faire acquérir la propriété, mais ni l'un ni l'autre ne pouvait me la procurer par l'*in jure cessio* (Gaius, II, § 96). Non seulement le subordonné acquérait la propriété pour le chef de famille, mais il ne pouvait l'acquérir que pour lui, et cela à cause de l'unité de patrimoine dans la famille romaine : tous les droits acquis par le chef de famille ou par ses subordonnés entraient dans ce

patrimoine unique dont le chef avait seul l'administration et la disposition.

La même règle ne paraît pas s'être appliquée sans difficulté à la possession qui était une chose de pur fait exigeant un élément réel, le *corpus*, et un élément intentionnel, l'*animus*.

Du temps de Gaius, en effet, on discutait encore la question de savoir s'il était possible d'acquérir la possession par les personnes *in manu* et *in mancipio* (Gaius, II, §§ 89 et 90), alors que certainement ces mêmes personnes faisaient acquérir la propriété à leur chef. Pour la négative, on disait que le chef ne possédait pas ces personnes elles-mêmes, et que dès lors il ne pouvait posséder les choses par elles acquises : les anciens Romains paraissent s'être attachés à la condition du *corpus* plutôt qu'à celle de l'*animus*.

Mais il arriva bientôt, avec les progrès du droit, que l'élément moral, la volonté, l'emporta sur l'élément purement matériel : le rôle de l'*animus* prima celui du *corpus*. C'est ainsi qu'on admit la conservation de la possession des immeubles *animo tantum*. Dans le même esprit, on décida qu'on posséderait un esclave en fuite par la force de l'*animus*, la condition du *corpus* étant suffisamment remplie par l'intermédiaire du fugitif lui-même. L'*animus* général de posséder toutes choses détenues par notre personne en puis-

sance fut considéré comme suffisant, et ainsi le chef acquit la possession, comme la propriété, par ses subordonnés et même à son insu (Institutes, 2, 9, § 3).

Quant à l'acquisition par les *personæ extraneæ*, la marche des idées nous paraît s'être faite en sens inverse. On admit l'acquisition de la possession par leur intermédiaire avant d'admettre celle de la propriété. Plus exactement, on ne put jamais à Rome acquérir directement le droit de propriété *per extraneam personam*. Au contraire, il est certain qu'on pouvait acquérir la possession par personne étrangère, et cela probablement dès le début du deuxième siècle, D. 41, 1, 13. Ce résultat ne fut du reste pas admis dès l'origine. Tant que l'analyse des jurisconsultes n'eut pas nettement dégagé de la notion de la propriété qui est un droit, celle de la possession, qui n'est qu'un fait, la règle « *per extraneam personam nihil adquiri posse* » fut appliquée même à la possession. Gaius (II, § 95) nous dit qu'on controversait encore de son temps la question de savoir si la possession pouvait être acquise par l'entremise d'une *extranea persona*, et Justinien ajoute (Instit. II, 9, § 5) que ce point ne fut mis hors de doute que par une constitution de Septime Sévère et Caracalla en l'an 196 (Cod. 1, 7, 32).

Le motif de cette différence entre la propriété et la possession résulte justement de ce qui précède.

Tandis que la propriété est un droit, la possession n'est qu'un fait, et ce que le droit romain ne permettait pas d'acquérir par un tiers, c'était le droit. La prohibition de la représentation était étrangère aux choses de fait telles que la possession. Il suffisait par conséquent que j'aie l'*animus* personnel ; un tiers pouvait me prêter son *corpus*. Si donc j'ai acheté un objet et que je charge mon mandataire d'en recevoir livraison pour moi, je possède dès que le mandataire a l'objet en main parce que son *corpus* vient se joindre à mon *animus rem mihi habendi* que j'ai dès le moment où j'ai acheté la chose (Instit. II, 9 § 5).

Certains auteurs considèrent comme une dérogation à la non représentation le fait que je possède dès le moment de la mainmise de mon mandataire sur la chose, et avant même que j'aie connaissance de cet événement. Dans l'intervalle, dit-on, j'emprunte l'*animus* du mandataire, il y a donc purement et simplement représentation. Telle n'est pas notre opinion, les Romains n'admettant pas que l'*animus* d'une personne soit équivalent à l'*animus* d'une autre et en tienne lieu. La vérité est que, dans l'espèce, j'ai l'*animus* d'avance, un *animus préventif* qui fait que je posséderai de plein droit dès que mon mandataire aura la mainmise sur la chose, alors même que j'ignorerais cette appréhension matérielle.

La notion de l'*animus* préventif nous explique

encore, indépendamment de l'idée de représentation, que le maître ou le père possède les biens acquis par son fils ou son esclave placé à la tête d'un pécule, dès le moment où ces biens sont appréhendés par le titulaire du pécule (D. 41, 2, l. 44 § 1 ; eod. l. 1 § 15). De même, on peut considérer que si un tuteur reçoit tradition pour le compte du pupille, celui-ci possède en vertu de son *animus* personnel, du moins lorsqu'il est sorti de l'*infantia*. Il n'y a donc véritablement dérogation à la non représentation que lorsqu'il s'agit d'un pupille infans ou absent, d'un fou, d'une personne morale. Dans ces hypothèses, il est évident que l'*animus* de l'incapable est absolument remplacé par celui des tuteur, curateur, *syndicus* ou *actor* (l. 1 § 20 D. De A. v. A. P.).

Quoi qu'il en soit sur ce point, que ce soit ou non par l'effet d'une dérogation à la non représentation, il est certain qu'on pouvait acquérir la possession par mandataire. J'ajoute que ce mandataire n'était pas forcément une personne spéciale et distincte, et que le *tradens* pouvait en tenir lieu. Ainsi lorsque je vous achète un objet, je peux vous charger de vous en faire à vous-même tradition pour mon compte : c'est ce qu'on appelle la clause de *constitut possessoire* (D. 41, 2, De A. v. A. P., 18 pr ; eod. 6, 1. De R. V., l. 77).

Cette théorie de l'acquisition de la possession par

à autrui devait logiquement faire fléchir la règle qu'on ne pouvait pas acquérir le droit de propriété *per extraneam personam*. En effet, parmi les modes conventionnels d'acquérir la propriété à Rome, il en est un, la tradition, qui est basé sur l'acquisition de la possession lorsque celle-ci est accompagnée des circonstances suivantes :

1° La qualité de propriétaire et la capacité d'aliéner chez le *tradens*.

2° Une *justa causa*, c'est-à-dire l'intention réciproque d'aliéner chez le *tradens* et d'acquérir chez l'*accipiens*.

3° La qualité de *res nec Mancipi* dans la chose.

Donc, quand ces conditions sont remplies, on acquiert par mandataire non seulement la possession mais aussi la propriété. Ajoutons que si la chose est une *res Mancipi*, la propriété bonitaire, l'*in bonis* appartient, à défaut de *dominium*, à l'acquéreur de la possession. Or, pratiquement, on sait que la propriété bonitaire confère les mêmes avantages que le *dominium*, il n'y a guère de différence que dans la forme des moyens de protection, la propriété préto-rienne étant sanctionnée par l'action publicienne au lieu de la *rei vindicatio*. Disons aussi que le propriétaire bonitaire ne peut léguer *per vindicationem* (Ulpien, Reg. 24,7, Gaius II, § 194) puisqu'il ne peut lui-même transférer la propriété bonitaire et qu'en

affranchissant l'esclave il n'en fait qu'un Latin Junien (Ulpien, Reg., I § 16). Ces restrictions étaient en somme plus sensibles aux tiers qu'au propriétaire bonitaire lui-même.

Quant aux autres modes conventionnels d'acquérir la propriété, la mancipation et l'*in jure cessio*, conformément au principe général de la non-représentation, ils exigent l'intervention personnelle de l'acquéreur.

§ 2. — Aliénation.

A la différence de l'acquisition, l'aliénation de la propriété ne pouvait pas plus s'opérer par une personne en puissance que par un fondé de pouvoir. Mais il résulte des observations présentées au paragraphe précédent que la possession, au contraire, pouvait être aliénée par autrui. Puisque je peux en effet posséder un objet *corpore alieno*, rien ne m'empêche de charger celui qui détient pour moi de remettre cet objet à la personne que je lui désigne. Cette remise purement matérielle n'a rien de contraire à la non représentation. L'*animus* se déplace entre moi et l'*accipiens*, je cesse de posséder et l'*accipiens* possède. La volonté du tiers détenteur n'intervient pas dans le déplacement

de la possession, car il n'accomplit qu'un acte matériel, et la possession n'en n'est pas moins transmise.

Ce déplacement de la possession entraîne avec lui si les conditions énoncées au paragraphe précédent se trouvent remplies, le déplacement de la propriété. On peut donc dire que par la tradition, qui n'est pas autre chose en elle-même que la remise de la possession, on peut transférer la propriété par mandataire, la propriété quiritaire ou *dominium* lorsqu'il s'agit d'une *res nec Mancipi*, et la propriété prétorienne ou *in bonis* s'il s'agit d'une *res Mancipi*.

Au reste, ce résultat serait impossible, à raison du principe de la non représentation, pour les autres modes conventionnels de transfert de la propriété, à savoir la mancipation et l'*in jure cessio*.

DEUXIÈME PARTIE

DE LA NON REPRÉSENTATION DANS LES ACTES CRÉATEURS ET EXTINGTIFS D'OBLIGATIONS

Nous envisagerons successivement :

1° Les actes créateurs ;

2° Les actes extinctifs.

CHAPITRE PREMIER

De la non représentation dans les actes créateurs d'obligations.

Une obligation, lien formé entre deux personnes, produit des effets entre ces personnes mais ne peut en produire en dehors d'elles. Liées l'une envers l'autre, elles ne peuvent invoquer ce lien à l'encontre d'un tiers pas plus qu'elles ne peuvent se le voir opposer par lui. Telle est l'application très simple du principe de la non représentation.

En analysant la formule qui précède, en distinguant le côté actif et le côté passif de l'obligation, nous émettrons les deux propositions suivantes :

1° On ne peut pas obliger autrui en contractant en son nom ;

2° On ne peut pas acquérir un droit de créance au nom d'autrui.

SECTION PREMIÈRE

ON NE PEUT PAS OBLIGER AUTRUI EN CONTRACTANT EN SON NOM.

Nous entendons par là qu'un tiers ne peut pas contracter en mon nom de manière à faire naître l'obligation non en sa personne, mais en la mienne propre. Un individu en puissance ne pouvait même pas, dans le principe, obliger son chef.

Nous allons étudier les dérogations à cette règle d'abord en ce qui concerne les personnes en puissance, ensuite en matière de mandat conventionnel, et enfin en matière de mandat légal, c'est-à-dire dans les cas de tutelle et de curatelle.

§ 1. — *Personnes en puissance.*

Une personne *alieni juris* ne pouvait pas, par ses contrats, obliger son chef, même *naturaliter*. Elle pouvait bien le rendre créancier, ainsi que nous le verrons dans la section suivante, mais elle ne pouvait le rendre débiteur. Il y avait exception toutefois quand l'obligation dérivait d'une acquisition de propriété comme dans le cas de *mutuum* ou de *paiement indu*. L'obligation de restituer était alors une conséquence directe de l'acquisition de la propriété ; le chef qui faisait cette acquisition *per filium* ou *per servum* se trouvait tenu envers le *tradens* de l'*actio certæ creditæ pecuniæ* ou de la *condictio indebiti*.

Il en résultait un grave inconvénient, car la plupart des actes juridiques sont à double effet ; ils tendent à faire naître sur la tête de chacune des parties une créance et une dette et ces effets sont corrélatifs l'un de l'autre. Dès lors le chef ne pouvant devenir débiteur ne devenait pas non plus créancier, et se trouvait ainsi privé d'un excellent instrument d'acquisition, à savoir l'intervention de ses subordonnés, personnes qui lui étaient toute dévouées, sur lesquelles il avait pleine autorité, et qui d'ailleurs avaient grand intérêt à grossir son patrimoine puis-

que la prospérité de ce patrimoine assurait le bien-être de tous les membres de la famille. Aussi, dès la fin de la République, voyons-nous le Préteur corriger sur ce point le droit civil en décidant que le chef pourrait être obligé par les contrats passés, avec son autorisation expresse ou tacite, par ses subordonnés.

Mais ceux-ci ne l'obligent pas toujours avec la même énergie : tantôt le chef se trouve obligé *in solidum*, tantôt il n'est tenu que jusqu'à concurrence de l'utilité que lui a procurée le contrat et du pécule qu'il a confié au contractant.

Le *paterfamilias* est obligé *in solidum* dans trois cas que nous allons examiner dans l'ordre même des Institutes, IV, 7 § 1 et suiv. et du Digeste, lib. XIV, lib. I et suiv. Cet ordre est sans doute celui où les hypothèses qui vont suivre ont successivement appelé l'attention des juriconsultes et les réformes du préteur.

1° Lorsque le *paterfamilias* a confié à son subordonné (fils de famille ou esclave), la conduite d'un navire et toutes les opérations que nécessite une expédition maritime, il est alors tenu de l'action *exercitoria*, expression tirée de l'appellation du préposant. Cette action existait déjà du temps d'Ofilius (D. 14, 1, l. 1 § 9 ;

2° Lorsque le chef a placé son subordonné à la tête d'une maison de commerce ou d'industrie. Il est alors tenu envers les tiers qui ont traité avec le préposé par

l'action *institoria*. Cette action tire son nom de l'appellation donnée au préposé, *institor*; elle existait déjà du temps de Servius Sulpicius, (D. 14, 3, l. 5, § 1);

3° Lorsque le subordonné a contracté avec l'autorisation spéciale du *paterfamilias*, c'est-à-dire avec une autorisation donnée pour un cas particulier ou général, (*jussum*). Le tiers a alors contre le chef l'action *quod jussu* connue déjà de Labéon. Le *jussum* peut être donné d'avance ou après coup; il constitue une autorisation d'agir ou une ratification de l'acte fait.

Le chef n'est obligé que dans la mesure de l'utilité que lui a procurée le contrat passé par son subordonné, (*in rem versum*), et subsidiairement du montant du pécule, dans le cas où en fait l'opération a été utile ou dans le cas où il a constitué un pécule à son subordonné: il est alors tenu de l'action *de peculio* et de *in rem verso* qui fonctionnait déjà à l'époque de Servius (D. De peculio, 15, 1, l. 17). Il y a lieu d'ailleurs de joindre à cette dernière action l'action *tributoria*, lorsque le subordonné, après avoir, au vu et su du maître, appliqué le pécule à l'exercice d'un commerce, est tombé en faillite. Le chef doit alors distribuer au marc le franc entre les créanciers, l'actif du pécule ou, plus exactement, la partie du pécule affectée à l'entreprise. S'il commet une erreur dans la distribution, les créanciers lésés agissent en rectification de compte par l'action *tributoria*.

Dans les cas où le chef est tenu *in solidum* à raison des obligations de son subordonné, les créanciers peuvent, au lieu d'intenter contre lui les actions prétoriennes *quod jussu, institoria* ou *exercitoria*, exercer une action directe et civile, une *condictio*. Il en était de même, indépendamment du *jussum* exprès ou tacite, particulier ou général, lorsqu'il y avait eu pour le chef, *in rem versum* : « *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse a patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque qui vel exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.* » Instit. 4, 7 § 8.

Une question commune se pose pour toutes les actions précitées, celle de leur forme. Tout d'abord, nous pensons qu'elles étaient *in jus* ou *in factum* selon que l'action directe, c'est-à-dire celle qui aurait été donnée contre le chef s'il était intervenu personnellement, était elle-même *in jus* ou *in factum*. Nous admettons, en outre, conformément à l'opinion adoptée par M. Girard (Manuel élémentaire de droit romain, p. 650) et en nous appuyant sur un passage de Gaius (IV § 35) que ces actions s'intentaient par la formule rutilienne, c'est-à-dire avec transposition de noms.

L'*intentio* portait le nom du subordonné qui avait fait le contrat, et la *condemnatio* portait le nom du *paterfamilias*. De plus, l'*intentio* devait contenir certaines fictions et additions sans lesquelles le droit n'aurait pu paraître fondé. En effet, si l'on avait dit simplement : « Juge, s'il te paraît que l'esclave Stichus doit 100 sous d'or à Aulus Agerius, condamne Numerius Negidius (le maître de l'esclave Stichus) à payer cette somme à Aulus Agerius », la condamnation n'aurait pu s'ensuivre, car il n'est pas possible qu'un esclave *doive*. Il faudra donc mettre dans l'*intentio* : « Juge, s'il te paraît que Stichus, à supposer qu'il soit libre, doit 100 sous d'or à Aulus Agerius », etc. — Si l'esclave est mort, cette addition ne suffira même pas ; il faudra rédiger la formule comme suit : « Juge, s'il te paraît, à supposer que Stichus ait été un homme libre et que Numerius Negidius soit son héritier, que Numerius Negidius doit cent sous d'or à Aulus Agerius, condamne Numerius Negidius, etc. » S'il s'agit d'un contrat fait *jussu patris* par un fils de famille impubère, on introduira dans l'*intentio* : « à supposer que L. Titius soit pubère ».

En ce qui concerne la *condemnatio*, elle était rédigée différemment quant à son objet, suivant que le chef se trouvait obligé *in solidum* ou seulement *de in rem verso et de peculio*.

Notons enfin que la *demonstratio* devait indiquer

les circonstances à raison desquelles le chef était tenu : on devait bien entendu mentionner le contrat fait par le subordonné lorsqu'il s'agissait d'un contrat non solennel ayant, à ce titre, un nom spécial, tel qu'une *emptio-venditio*, une *locatio-conductio*, un dépôt, etc. ; mais il fallait ajouter le fait qui rendait le chef responsable, le *jussum*, la mission qu'il avait donnée de diriger une maison de commerce ou un navire, l'utilité ou enfin la constitution d'un pécule.

Lorsque nous disons que le *paterfamilias* est tenu, à raison du contrat de son subordonné, à la fois de *peculio et de in rem verso*, nous n'entendons pas qu'il y ait là deux actions distinctes, l'action de *in rem verso* d'une part, et l'action de *peculio* de l'autre. C'est à tort que certains commentateurs du Droit romain ont cru à cette dualité d'action. Il n'y avait, selon nous, à raison des contrats faits par le subordonné de sa propre initiative et sans autorisation de son chef, qu'une seule action possible contre ce dernier, c'était l'action *de peculio et de in rem verso*. Seulement la condamnation à laquelle pouvait conduire cette action comprenait deux éléments : le premier était l'*in rem versum*, c'est-à-dire l'utilité procurée au maître (ou au père) à raison de l'opération, et le père de famille était toujours condamnable dans cette mesure, qu'il ait ou non constitué un pécule à son subordonné. Le second était le montant même du

pécule. S'il n'y avait pas de pécule, il est évident que ce dernier élément ne fonctionnait pas et que le *paterfamilias* ne pouvait être condamné que pour l'*in rem versum*. S'il y avait au contraire un pécule, on usait d'abord du premier élément de la condamnation, l'*in rem versum* ; mais s'il ne suffisait pas on recourait alors au second sans pouvoir d'ailleurs dépasser le montant du pécule. Par exemple la dette égale 100, l'*in rem versum* 40 et le pécule 150. Le chef sera condamné à 100 qu'il prendra, 40 sur sa propre fortune et 60 sur le pécule. Si le pécule n'est que de 60, la condamnation pourra encore être de 100 et le pécule sera épuisé ; mais si le pécule n'est que de 50, la condamnation ne saurait dépasser 90, c'est-à-dire le montant total de l'*in rem versum* et du pécule.

Ces décisions nous paraissent se dégager nettement de plusieurs textes. Les Institutes de Justinien 4, 7 § 4 portent : « *Licet enim una est actio qua de peculio deque eo quod in rem domini versum sit, agitur, tamen duas habet condemnationes.* » Gaius n'est pas moins formel dans le sens de l'unité de l'action avec ce caractère particulier qu'elle comporte deux éléments de condamnation : « *Eadem formula et de peculio et de in rem verso agitur.* » 4, § 74. Nous lisons de même au Digeste (*De Peculio*, 15, 1, 1, 30 pr.) que l'action de *peculio* « *intenditur recte, etiamsi nihil*

sit in peculio », ce qui signifie qu'elle ne procure alors au créancier que l'*in rem versum*.

En supposant qu'il n'y ait pas eu d'*in rem versum*, la condamnation ne peut, dans l'action de *peculio et de in rem verso*, excéder le montant du pécule. Les divers créanciers qui ont traité avec un subordonné placé à la tête d'un pécule subissent ce sort commun. Mais de quelle façon seront-ils payés ? Le pécule leur sera-t-il distribué au marc le franc, ou au fur et à mesure de leurs réclamations ? Les Romains admettant ici une règle analogue à celle donnée par notre Code Civil en cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire — art. 808 — déclarent que les créanciers sont payés dans l'ordre où ils se présentent : « *occupantis melior est conditio* » D. *De peculio*, 15, 1. l. 10.

Des développements plus étendus sur ce point nous feraient sortir de notre sujet. Disons seulement que les actions dont un chef de famille est passible à raison des actes de ses subordonnés ne sont pas toutes perpétuelles. Celles qui sont *in solidum* ont ce caractère ; mais quant à l'action de *peculio et de in rem verso*, il y a lieu de faire une distinction.

En tant qu'elle porte sur l'*in rem versum* elle est perpétuelle.

En tant au contraire qu'elle a pour objet le pécule elle devient annale à partir du jour où le pécule cesse

d'avoir une existence distincte sans dol du chef. Il en est ainsi lorsqu'il a retiré le pécule à son subordonné par suite par exemple de la mauvaise administration ou du décès de ce dernier.

Dans les explications qui précèdent, nous n'avons pas distingué, et il n'y avait pas lieu de le faire pour l'exposé de la théorie générale, selon que le subordonné était uni au chef par telle ou telle puissance. Mais nous ferons remarquer une importante différence entre le fils de famille et l'esclave. S'agit-il d'un esclave? Le tiers n'acquiert d'action que contre le maître; l'esclave en effet ne peut s'obliger civilement. c'est-à-dire de manière à faire naître une action contre lui. S'agit-il au contraire d'un fils de famille? Le tiers a deux débiteurs, le père et le fils. Les actions institoire, exécutoire, *quod jussu*, etc., suivant les cas, s'ajoutent à l'action que le contrat a fait naître contre le fils lui-même. Le Préteur a joint ici une créance honoraire à la créance civile qui existait déjà. « *Hoc edicto*, dit Paul D. *De exercit. act.* 14, 1, l. 5, § 1, *non transfertur actio, sed adjicitur.* » Ulpien écrit dans le même sens (D. *De peculio*, 15, 1, l. 44): « *Si quis cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium in solidum, et patrem duntaxat de peculio.* » De là le nom d'actions *adjectitiæ qualitatis* donné par les interprètes, mais il faut reconnaître que cette expression justifiée quand il s'agit d'un contrat passé

par un fils de famille cesse de l'être pour les contrats d'un esclave.

D'autre part, lorsqu'un contrat est constitutif d'*intercessio*, il y a intérêt, au point de vue de la responsabilité du chef, à distinguer si le contractant est son fils ou son esclave. Est-ce un esclave, le maître n'est pas tenu *de peculio*. En effet, lorsqu'il a constitué un pécule à son esclave, ce n'est pas pour que celui-ci l'engage dans l'intérêt d'autrui ; c'est pour l'administrer et le faire prospérer. Autrement, il serait trop facile à l'esclave de se procurer la reconnaissance et l'amitié des tiers en intercédant pour eux aux dépens d'un pécule qui ne lui appartient pas. Le fils, au contraire, oblige son père *de peculio* même à raison de son *intercessio*. Dans ce cas en effet, ce n'est pas seulement pour se décharger de l'administration de ses biens que le père a constitué le pécule, c'est pour permettre à son fils de faire une sorte d'apprentissage des actes de la vie civile. Or, parmi ces actes, l'*intercessio* jouait à Rome un rôle des plus importants. D'ailleurs, l'intérêt personnel du fils était une garantie qu'il n'engagerait pas à la légère son pécule, puisqu'il s'agit de biens qui forment une partie de son patrimoine personnel et qu'il est appelé à recueillir un jour en qualité d'*heres suus* (D. *De peculio*, 15, 1, ll. 3, 5, 6, 9).

A l'inverse, à partir du sénatus-consulte Macédo-

nien, lorsque le fils de famille avait emprunté de l'argent qui n'avait pas profité à son père, celui-ci n'était pas tenu de le restituer, pas même dans la mesure du pécule. (D. De Sen. Maced. 14, 6, l. 1, pr.). Il n'en était pas ainsi de l'emprunt opéré par l'esclave. Le maître était alors tenu, conformément au droit commun, de l'*actio certæ creditæ pecuniæ*.

Telle est la mesure dans laquelle un chef de famille peut se trouver obligé par les contrats passés par les personnes soumises à sa puissance.

§ 2. — Mandat conventionnel.

Le mandataire pouvait, même en droit civil, obliger directement le mandant sans s'obliger lui-même, lorsqu'il s'agissait d'une obligation formée *re*, par exemple d'une obligation née d'un *mutuum* (D. De rebus cred. 12, 1, l. 9, § 8) ou d'un paiement indû (D. De condict. indeb. 12, 6, l. 57, § 1). Nous avons vu en effet, dans notre première partie, que la possession, et par la voie de la possession, la propriété elle-même, était souvent acquise, non seulement par l'intermédiaire d'une personne en puissance, mais aussi par une *extranea persona*. Comme l'obligation naissait ici de l'acquisition, il était logique qu'elle prit naissance directement sur la tête de l'acquéreur. A cela se limitait la brèche faite à la non représentation en droit civil.

Mais la théorie prétorienne relative aux personnes en puissance, que nous avons exposée au numéro précédent, ne devait pas tarder à influencer sur le principe de la non représentation du mandant par le mandataire. Une fois admis que le préposant pouvait se trouver obligé à raison d'un contrat où il n'avait pas été partie, lorsque ce contrat était conclu par une personne *in potestate*, il n'était pas difficile de faire abstraction du lien de puissance et d'étendre la décision au cas où ce lien n'existerait pas. Ainsi, du jour où les actions *institoria* et *exercitoria* furent créées à l'occasion d'un préposé *alieni juris*, de ce jour-là, ou du moins très peu après, les mêmes actions furent données contre le préposant, lorsque le préposé à la maison commerciale ou au navire était une personne *sui juris*. Il y avait en effet mêmes raisons de décider ainsi que le remarque Justinien dans les Institutes, 4, 7, § 2: « *Scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniebat* ». D'ailleurs, il aurait été inapplicable qu'un esclave ou un fils de famille, préposé à un établissement commercial ou à un navire, eût cessé d'obliger le chef après l'affranchissement ou l'émancipation alors que rien n'était changé dans sa situation de préposé (D. 14, 3, l. 19, § 1).

Cela posé, les jurisconsultes n'eurent plus qu'à appliquer à un mandat quelconque, quel que fût son objet, ce que le Préteur avait admis pour le mandat

général de diriger un établissement commercial ou un navire.

C'est Papinien qui paraît avoir été l'auteur de cette généralisation. Dans le fragment 19 pr. De instit. act. D. 14, 3, il suppose qu'un mandataire a emprunté pour le compte de son mandant une somme d'argent à un tiers et qu'il a promis à ce tiers par stipulation la restitution de la somme prêtée. Papinien décide que l'action *ex stipulatu*, née passivement en la personne du mandataire, pourra être exercée contre le mandant à titre d'action utile donnée *ad exemplum institoriae actionis*. On conçoit fort bien que ce soit pour cette hypothèse que l'innovation ait commencée. Dans le cas de *mutuum* en effet, l'action *certae creditae pecuniae* naissait, en droit civil même, directement sur la tête de l'acquéreur des deniers, c'est-à-dire du mandant. Il était dès lors naturel de donner également contre le mandant l'action *ex stipulatu* dérivant de la stipulation intervenue spécialement dans notre hypothèse. Mais la solution devait être bientôt étendue, quelle que fut l'origine de la stipulation (D. *mandati*, 17, 1, l. 10, § 5; D. De A. E. V., 19, 1, l. 13, § 25).

Cette action utile donnée *ad exemplum institoriae actionis*, est ordinairement appelée par les interprètes *quasi-institoire*. Nous remarquerons que cette expression commode à la vérité, par sa brièveté et sa signification analogique, pour désigner notre situation,

n'est pas dans les textes. Il s'agissait seulement ici d'une action utile au deuxième degré en quelque sorte, puisque l'action institoire elle-même était *utilis*, et que notre action n'est qu'une extension de l'action institoire.

Quoiqu'il en soit de cette question de terminologie, il est certain qu'à l'époque des jurisconsultes qui ont écrit les textes précités, le mandant se trouvait obligé par les contrats du mandataire. Nous dirons de même qu'en cas de société, comme les associés se sont donné réciproquement mandat de gérer les uns pour les autres, les contrats faits par l'un d'eux donnent l'action quasi-institoire aux tiers contre les autres associés.

En était-il de même en cas de quasi-contrat ? Laisant de côté l'hypothèse de la tutelle et de la curatelle à laquelle nous consacrerons un paragraphe spécial, envisageons le cas de la gestion d'affaires. Lorsque le maître a ratifié la gestion, il ne nous paraît pas douteux que le tiers qui a traité avec le gérant, ait action contre le dominus : « *ratihabitio mandato æquiparatur* ».

Mais que décider lorsque la gestion n'a pas été ratifiée, ou, ce qui revient au même, lorsque le mandataire a excédé ses pouvoirs ? La question est controversée pour l'époque antérieure à Justinien. Nos anciens interprètes donnaient contre le mandant, non pas sans doute une action *in solidum*, mais une

action *de in rem verso utilis*. Ils invoquaient la Constitution, 7, § 1, Cod. *Quod cum eo*, 4, 26, qui refuse en effet toute action contre le maître au tiers qui a traité avec le gérant, *nisi vel in rem ejus pecunia processit, vel hunc contractum ratum habuit*. Ainsi, à défaut de ratification, le tiers peut avoir action contre le maître dans la mesure de l'utilité que lui a procurée l'opération. On allègue dans le même sens la loi 82, D. *Pro socio*, 17, 2, où l'on nous dit que si un associé a emprunté de l'argent, ses coassociés ne sont pas tenus « *nisi in communem arcam pecuniæ versæ sunt* ».

Nous pensons au contraire que cette décision ne fut admise que sous Justinien. Jusque-là, le gérant dont la gestion n'avait pas été ratifiée, ou le mandataire qui avait excédé ses pouvoirs, se trouvait seul tenu. Nous avons en effet montré que l'action *de in rem verso* n'était pas une action distincte ; elle n'était autre que l'action *de peculio et de in rem verso*, et visait uniquement les contrats faits par une personne *in potestate*.

Quant à la Constitution de Dioclétien invoquée en sens contraire, elle nous paraît avoir fait l'objet d'une interpolation de la part des compilateurs de Justinien. Le texte primitif de Dioclétien ne portait pas les mots « *vel in rem ejus pecunia processit* » ; cela nous semble démontré par la Constitution, 4, Cod. *Si tutor vel curator*, 2, 25, où il est dit que le tiers, qui traite

avec un curateur en suivant sa foi, n'a aucune action contre le mineur, et le texte ne fait aucune distinction selon que le contrat a été ou non utile pour le mineur. On peut dire aussi que l'addition par les compilateurs des mots « *vel in rem ejus pecunia processit* » avait pour objet d'expliquer, fort maladroitement d'ailleurs, le texte de Dioclétien (Schossmall, *Jahrbücher de Ihering*, 34, 1896, p. 316 et s.). Nous répondrons de même à l'argument tiré de la loi 82, D. *Pro socio*. Les mots « *nisi in communem arcam pecuniæ versæ sunt* » ont été ajoutés par les compilateurs de Justinien. Nous reconnaissons d'ailleurs qu'à partir de Justinien, l'action *de in rem verso* fut donnée d'une façon distincte de l'action *de peculio*, et qu'elle avait application dans notre hypothèse d'une gestion d'affaires non ratifiée, d'un mandataire ayant excédé ses pouvoirs, ou d'un associé ayant contracté pour des affaires n'intéressant pas la société.

Faut-il pour que le tiers puisse agir contre le mandant qu'il ait connaissance des pouvoirs du mandataire ? Chez nous, la question ne se pose pas. Le tiers ne peut ignorer le mandant, car le mandataire, qui doit traiter au nom du mandant, est bien forcé de déclarer ce nom ; autrement il n'agirait pas comme mandataire (art. 1984, C. civ.). Cette désignation n'a au contraire rien de nécessaire à Rome où le mandataire traite en son propre nom et ne peut traiter

autrement à raison de la non représentation. On peut se demander alors si, lorsque le tiers a ignoré que son cocontractant était le mandataire d'autrui, il aura l'action institoire utile contre ce dernier. La question est controversée. D'après Schlossmann (*das Kontrahiren mit offener Wolmacht*, 1892), il n'était pas nécessaire que le tiers ait connu le mandat pour devenir créancier du mandant. Il nous paraît plus exact d'exiger, avec Lenel (*Iarbücher de Ihering*, 36, 1896, p. 131-144) cette connaissance chez le tiers dès le jour du contrat. En effet, l'édit qui a visé l'action institoire proprement dite, donnée à raison de la préposition d'un esclave ou d'un fils de famille à une maison de commerce ou d'industrie, devait viser des marchés déjà en usage. Or, il est évident que, lorsqu'on traitait avec un fils de famille ou un esclave, on s'enquérât tout d'abord de son chef. Bien que le tiers acquit une créance naturelle contre l'esclave et une créance civile contre le fils, c'était sur le père ou le maître que le tiers comptait pour le paiement. Le subordonné déclarait donc son chef, mais le tiers n'acquerrait aucune action contre ce dernier, et c'est cette action que l'édit est venu donner.

La même règle dut s'appliquer quand il s'agissait d'un préposé *extraneus*. En fait, le tiers ne suivait pas la foi du préposé, simple commis sans fortune ;

il exigeait avant de traiter le nom du préposant et c'est à cette condition qu'il avait l'action institoire contre ce dernier. S'il ignore ce nom, s'il s'est contenté du nom du préposé, c'est qu'il a suivi la foi de ce préposé, et alors il n'a rien à réclamer au préposant. Le même raisonnement s'impose pour l'action institoire utile qui n'était qu'une extension de l'action précédente.

Concluons-nous de la création de l'action institoire utile, ou action quasi-institoire pour employer le langage ordinaire des commentateurs, que les Romains aient admis la représentation au point de vue passif ? Nullement ! La représentation consisterait, non seulement à faire peser sur le mandant l'obligation contractée par le mandataire, mais aussi à en affranchir ce dernier. Or, l'action quasi-institoire n'était pas substituée, mais simplement juxtaposée à l'action née du contrat au profit du tiers contre le mandataire. Paul nous le dit formellement : « *Hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur* », D. De exerc. act. 14, 1, l. 5 § 1. Voy. de même D. De peculio, 15, 1, l. 44.

Dans deux ordres de cas seulement, nous voyons le fondé de pouvoir mis hors de l'obligation qu'il a contractée pour autrui.

C'est d'abord lorsqu'il s'agit d'une obligation formée *re*. Nous avons vu au commencement de ce

numéro que l'intéressé était le seul acquéreur, et, par suite, le seul débiteur de l'aliénateur.

L'autre ordre d'idées où nous trouvons une représentation parfaite au point de vue passif, est celui de la tutelle et de la curatelle, et nous en ferons l'objet du paragraphe suivant.

Observation particulière pour le cas où le mandataire est un nuntius. Le *nuntius* est un mandataire d'une espèce particulière. Tandis que le mandataire ordinaire discute, négocie et conclut enfin en son nom personnel l'acte juridique qu'il est chargé de faire dans l'intérêt du mandant, le *nuntius* n'a pas de volonté personnelle, c'est un simple porte-paroles, un messenger chargé en quelque sorte, non de remettre une lettre mais de la réciter, c'est une lettre parlée. Ce rôle effacé, passif, et purement matériel du *nuntius*, a fait douter qu'il soit bien un mandataire. Mais il suffit de se reporter à la définition du mandat pour dissiper le doute. Est mandataire quiconque se charge de faire gratuitement quelque chose pour autrui. Ainsi, nous voyons les textes qualifier de mandataire le dégraisseur qui se charge de nettoyer un vêtement sans aucun salaire. Si le *nuntius* n'était pas un mandataire, il ne serait lié par aucun rapport d'obligation avec l'envoyant, et celui-ci ne pourrait pas lui demander compte de sa mission, ce qui est évidemment inadmissible (M. Gérardin, Cours de

Pandectes sur la Tutelle). Le *nuntius* est donc un mandataire, mais un mandataire qui n'a pas à faire œuvre de volonté personnelle dans la conclusion du contrat qu'il vient proposer. Une seule volonté, une seule personne faisait la proposition, c'était l'envoyant (Instit. 3, 22).

Le principe de la non représentation n'avait donc rien à faire ici. La personnalité du mandant n'était pas en effet suppléée par celle du mandataire. Elle apparaissait seule et entière dans le message, et c'était dès lors en elle que les créances aussi bien que les dettes prenaient naissance. C'était la volonté seule du mandant qui fonctionnait, et c'était par suite, le mandant lui-même qui était touché par les effets de cette volonté.

§ 3. — *Mandat légal (Tutelle et curatelle).*

Le tuteur, en raison de la non représentation, doit s'engager en son nom personnel lorsqu'il contracte une dette pour le compte du pupille. Il importe d'ailleurs de remarquer que le tuteur n'a pas le choix de faire autrement, car il ne peut décliner la tutelle et, une fois qu'il en est investi, il ne peut pas davantage s'abstenir de gérer. C'est une obligation pour lui d'administrer. S'abstient-il de faire les actes, de

contracter les obligations que comporte l'administration d'un bon père de famille, sa responsabilité se trouve engagée, et il est tenu par l'action *tutelæ directa* et aussi par l'action *ex stipulatu*, en vertu de la *cautio rem pupilli salvam fore*.

Nous relevons ici une différence essentielle entre le tuteur et le mandataire conventionnel. Celui-ci n'était pas forcé d'accepter le mandat et d'encourir la responsabilité personnelle à laquelle il donnait lieu en raison de la non représentation. Le tuteur au contraire est contraint d'engager sa responsabilité. On conçoit donc que le législateur romain se soit préoccupé davantage, à l'égard du tuteur, d'atténuer les conséquences rigoureuses qui dérivent de la non représentation par un fondé de pouvoir, et qu'il ait tenu à dégager, autant que possible, le tuteur des obligations par lui contractées personnellement dans le cours de sa gestion. — Nous ferons la même observation pour le curateur.

Une première atténuation à la responsabilité des tuteurs et curateurs est constatée dans un intéressant texte de Paul (D. 26, 7. 1. 43 § 1).

Paul suppose qu'un oncle, curateur de sa nièce, a promis 400 au mari de celle-ci à titre de dot. Or, il se trouvait que, par suite de dettes ignorées, cette dot était supérieure à l'actif de la femme. Le curateur n'en était pas moins tenu personnellement envers le mari

en raison de la non représentation, et il courait dès lors le risque de se trouver en perte, l'actif de sa nièce ne suffisant pas à l'indemniser. Il s'agissait de savoir si le curateur pouvait repousser la réclamation du mari pour la partie de la dot promise qui dépassait la fortune de la femme. Cette fortune, par exemple étant seulement égale à 100, le tuteur pouvait-il ne payer que 100 et repousser la poursuite pour les 300 qu'il n'aurait pu se faire rendre par sa nièce. Paul fait une distinction. Si l'oncle curateur a promis *donandi animo*, comme oncle voulant gratifier sa nièce, il est tenu *in solidum*. Mais s'il a promis comme curateur et pour le compte de la mineure, il ne sera tenu que jusqu'à concurrence du patrimoine de celle-ci; le mari aura seulement action contre sa femme pour l'excédent.

Cette décision constitue une importante restriction à la responsabilité du curateur. Le curateur demeure obligé puisqu'il s'est engagé personnellement, mais il ne doit payer sur ses biens que jusqu'à concurrence de ce qu'il peut se faire rendre. Au fond, c'est dire qu'il n'a pas la charge de l'obligation, que cette obligation ne grève que le patrimoine de la femme : il y a là comme une représentation déguisée. Ce que Paul dit du curateur qui promet une dot, il n'y a pas de raison pour ne pas l'étendre à tous les autres contrats faits, soit par le curateur, soit par le

tuteur. Mais nous pensons par la raison signalée plus haut, que cette faveur ne serait pas donnée au mandataire, celui-ci n'étant pas obligé d'accepter le mandat. S'il l'accepte, il suit la foi du mandant pour les indemnités auxquelles il aura droit, et il ne pourra, par suite, se prévaloir de l'insolvabilité du mandant à l'encontre des tiers envers lesquels il s'est obligé dans l'exécution du mandat.

Une fois entrée dans cette voie des restrictions à la responsabilité des tuteurs et curateurs, la jurisprudence devait être conduite à une mesure plus radicale, c'est-à-dire à exonérer complètement ces mandataires légaux, à la fin de leurs fonctions, des poursuites des tiers, en renvoyant ceux-ci s'adresser aux incapables.

Cette innovation paraît s'être faite sans difficulté pour les condamnations prononcées contre les tuteurs et curateurs dans les procès qu'ils devaient soutenir pour les incapables. A la fin de la tutelle, l'action *judicati* était refusée contre l'ex-tuteur, et était donnée, à titre d'action utile, contre l'ex-pupille (D. 26, 9, l. 5 pr.) — Remarquons toutefois qu'un texte de Scévola (D. 26, 9, l. 7) paraît limiter cette solution au cas du pupille *infans*, et nous ajouterons ou « absent ». Lorsque le pupille était sorti de l'*infantia*, on pouvait soutenir, en effet, que si le tuteur avait défendu personnellement au procès, c'est qu'il l'avait bien voulu puisqu'il dépendait de lui de faire intervenir le pupille lui-même

en l'autorisant. Dès lors, il n'était pas injuste de lui faire subir les conséquences d'une situation qu'il avait volontairement créée.

En matière d'obligations contractuelles le tempérament souleva plus de difficultés, ainsi que l'atteste un fragment d'Ulpien (D. De evict., l. 4, § 1). Dans ce texte, Ulpien suppose qu'un individu auquel un tuteur a vendu un bien du pupille vient à en être évincé. Il constate que l'acheteur, après la tutelle, a action contre le pupille. Mais il se demande si le pupille est responsable *in solidum et in infinitum*, c'est-à-dire sur tous ses biens, ou seulement dans la mesure des biens que lui a restitués le tuteur dans la reddition de compte ? Ulpien déclare que le pupille est tenu *in infinitum* envers l'acheteur, solution conforme à celle que donnerait la représentation. Mais il présente cette décision comme lui étant personnelle (*quod magis puto*) et partant contestable. Du reste, certains juriconsultes se tenant fermes sur la notion de la non représentation n'accordent aux tiers que l'action contre le tuteur. Tant pis pour eux si le tuteur est insolvable ! C'est avec lui qu'ils ont contracté ; ils ont suivi sa foi et doivent supporter les conséquences du crédit qu'ils lui ont accordé.

Mais les Romains ont fini par déroger de la façon la plus large à la non représentation. La loi 1 Cod. 5, 39, déclare, qu'au sortir de la curatelle, le mineur est

lui-même passible pour le tout de l'action *judicati* à raison des procès soutenus pour son compte par son curateur, et que ce curateur ne saurait être aucunement inquiété de ce chef. — Un second texte, l. 26, Cod. 5, 37, applique à toutes les actions ce que le précédent dit de l'action *judicati* : « *Invenimus autem generaliter definitum, post officium depositum, omnes actiones, quas tutor vel curator ex necessitate officii subierit in quondam pupillum vel adultum transferri* ». Ainsi, d'après ce texte, toutes les obligations contractées par les tuteurs et curateurs dans leurs fonctions, passent, à titre utile, sur la tête des ex-incapables ; les tuteurs et curateurs en sont absolument déchargés.

Tel est le dernier état du droit. On peut dire que c'est la consécration, quant aux résultats du moins, de la représentation. Le principe n'en est pourtant pas formulé, et le respect des traditions maintient intact dans la forme le vieux principe de la non représentation en ce que les actions sont données contre l'intéressé à titre d'actions utiles et par dérogation aux vrais principes du droit. Peu importe au fond, car il n'y a pas de différence au point de vue des résultats, nous dit Paul, entre l'action utile et l'action directe. Au reste, le transfert légal des actions n'a lieu que pour l'époque qui suit la tutelle ou la curatelle. Pendant qu'ils sont en fonctions, les tuteurs et curateurs demeurent expo-

sés aux poursuites des créanciers envers lesquels ils se sont engagés. Dans notre représentation moderne, c'est immédiatement, et non pas seulement à la fin de la tutelle, que les obligations grèvent le pupille lui-même, elles ne sont pas transférées en sa personne, elles y sont nées.

— Pour être logique, Justinien aurait dû supprimer dans le Digeste, les fragments 4, *De evictionibus*, et 7, *Quando ex facto tutoris*, etc., ou du moins effacer les restrictions qu'ils contiennent. Ces derniers textes toutefois nous sont précieux pour étudier la marche des idées dans l'acheminement à la représentation. Ici, comme partout ailleurs, le droit romain procède par des décisions particulières, des décisions d'espèces qui furent peu à peu généralisées, mais sans aller jusqu'à l'abrogation du principe.

La translation des actions, admise par le droit nouveau au point de vue passif, de la personne des mandataires légaux en celle des incapables ne va-t-elle pas nuire aux droits des tiers créanciers? Nullement! car ceux-ci n'ont qu'à prendre leurs précautions en présence de la législation nouvelle. Sachant que dorénavant c'est sur la solvabilité de l'incapable et non sur celle du tuteur qu'ils devront compter, du moins après la fin de la tutelle et de la curatelle, ils n'ont qu'à se prémunir en conséquence en se faisant payer, au cours de la tutelle ou de la curatelle, par les tuteurs

ou curateurs eux-mêmes, personnellement responsables, ou en vérifiant la situation de fortune des incapables, puisque cette fortune pourra un jour devenir leur gage unique. S'ils ont des doutes, lorsqu'approche la fin de la tutelle, sur la solvabilité du pupille, ils n'ont qu'à exiger, à peine de poursuites immédiates, une novation qui fera passer l'obligation en la personne du tuteur. Le fragment 5, pr. D. 26, 9, en déclarant le pupille grevé de l'action *judicati* à la place du tuteur, prend soin d'ajouter: « *si modo nullo ex consensu, post depositum officium, novationem factam.* »

Le tiers peut également contracter avec un tuteur (ou curateur) en spécifiant bien qu'il suit la foi du tuteur et non celle du pupille. Dans ce cas, il n'aura action, même après la fin de la tutelle, que contre le tuteur : c'est ce qui nous est dit spécialement pour le cas de curatelle par la constitution 4, Cod. 2. 25.

Enfin les tiers peuvent, pour se mettre à l'abri de la translation passive des actions, sur la tête des pupilles et mineurs, exiger que les tuteurs et curateurs se portent fidéjusseurs, (l. 15, Cod., 5, 37). Le Préteur était moins strict que le droit civil sur le principe de la non représentation. Lorsqu'une promesse était faite sur son ordre par un tuteur (ou curateur), le préteur admit que l'obligation pouvait naître directement en la personne du pupille. Cette solution dérive d'un

texte de Scévola (l. 8, D. 26, 9). Le pupille et le tuteur se trouvaient institués héritiers et grevés conjointement d'un fidéicommis. Le bénéficiaire du fidéicommis demandant la *cautio legatorum*, le tuteur fournit cette promesse prétorienne. Il s'agit alors de savoir si l'obligation *ex stipulatu* naissait sur la tête du tuteur seul parce qu'il avait seul promis, ou si elle naissait pour parties par dérogation à la non représentation, sur la tête du pupille. Scévola décide que l'action *ex stipulatu* se divise entre le tuteur et le pupille, proportionnellement à la part pour laquelle ils sont tenus du fidéicommis, c'est-à-dire proportionnellement à leur part héréditaire. Compar. l. 18 § 2, D. 36, 3.

SECTION II

ON NE PEUT PAS ACQUÉRIR UNE CRÉANCE AU NOM D'AUTRUI.

Un tiers ne peut pas contracter en mon nom de manière à faire naître la créance sur ma tête et non sur la sienne.

Nous avons indiqué dans l'introduction, les inconvénients de ce principe et l'obstacle qu'il mettait au développement des affaires. Le véritable intéressé, n'acquérant pas les créances nées des contrats faits

pour son compte, était exposé à l'insolvabilité de son fondé de pouvoir, et ce danger était certainement de nature à arrêter chez les capitalistes, le projet de fonder ou d'étendre des entreprises commerciales ou industrielles, avec le concours de mandataires ou préposés quelconques.

La règle était dangereuse aussi pour les pupilles en tutelle, les incapables en curatelle qui, au lieu d'acquiescer directement les créances contre les tiers avec lesquels leurs tuteurs et curateurs traitaient pour leur compte n'avaient qu'une action personnelle (action *tutelæ directa*, action *negotiorum gestorum utilis directa*) contre leurs fondés de pouvoir légaux. Aussi des tempéraments furent-ils apportés de bonne heure au principe et pour les étudier, nous suivrons l'ordre que nous avons déjà adopté dans la section précédente.

§ 1. — *Personnes en puissance.*

De toute antiquité, on a admis le droit pour le chef de famille de devenir créancier *per liberos et servos*, ou, d'une façon plus générale, et pour comprendre la femme *in manu* et la personne libre *in mancipio*, *per personas in potestate mancipiove* (Instit. 3, 17 et 28 ; D. 45, 3).

En un mot, le chef devient titulaire des créances nées des contrats où son subordonné a joué le rôle de stipulant : je prends le mot *stipulant* dans un sens large, comprenant non pas seulement le contrat *verbis* de stipulation, mais tous les cas où l'on devient créancier par un acte quelconque. Ainsi, lorsque mon esclave a loué ses services, j'ai l'action *locati* pour demander la *merces* ; lorsqu'il a vendu un bien, j'ai l'action *venditi* contre l'acheteur ; s'il a donné une chose à bail, en gage, en dépôt, s'il a fait un prêt, etc., j'ai les actions *locati*, *pignoratitia*, *depositi*, *ex mutuo*, etc. ; lorsqu'il est bénéficiaire d'un legs *per damnationem*, j'ai l'action *ex testamento* contre l'héritier. Mon esclave peut par conséquent acquérir une créance en mon nom, sans distinguer la cause du contrat et sans qu'il y ait à rechercher s'il a stipulé pour moi ou pour lui-même. Non seulement en effet il peut acquérir une créance au nom de son maître, mais il ne saurait l'acquérir dans d'autres conditions. Il ne peut pas stipuler en son propre nom, car il n'a pas véritablement de nom en droit puisqu'il n'a pas de personnalité (Instit. 3, 17, De stip. serv. § 1) ; il emprunte la personnalité de son maître, et c'est pourquoi le maître seul peut être investi des créances résultant des contrats de l'esclave.

Au reste le § 2 du même titre des Institutes ajoute une restriction pour le cas où l'esclave aurait stipulé la faculté de se livrer à un fait personnel, par exem-

ple s'il stipule le droit de passer. Le maître ne pourra alors réclamer le passage ; mais, dans cette hypothèse même, c'est le maître qui est créancier et non l'esclave ; seulement tout ce que le maître pourra demander, à peine de dommages-intérêts, c'est non pas que le débiteur le laisse passer lui-même, mais qu'il laisse passer son esclave. Cette décision n'est donc pas au fond une exception à la règle que l'esclave acquiert pour son maître les créances nées de ses contrats.

Ce dernier principe constitue-t-il une dérogation à la non représentation, une application partielle de notre principe moderne de la représentation ? Evidemment non. Sans doute, l'esclave emprunte la personnalité du maître, et stipule au nom de ce dernier, mais il ne se dépouille pas pour cela de sa propre personnalité puisqu'il n'en a pas. Il y avait une extension de la personnalité du maître à l'esclave et non pas cette substitution d'une personnalité à une autre qui paraissait inadmissible aux Romains. Il y a d'ailleurs un autre élément de la représentation qui fait ici défaut, à savoir la volonté de l'intéressé. Si, chez nous, le mandant est représenté, c'est parce qu'il le veut ; les droits ne prennent naissance sur sa tête par le fait du mandataire qu'en vertu de sa volonté propre. Or, l'esclave acquiert des créances à son maître à l'insu de ce dernier, et même contre son gré. Le résultat se produit alors même que le maître serait

incapable de volonté, par ex. s'il est *infans* ou *furiosus* (Julien, D. De verb. obligat. 45, 1, l. 62). L'esclave n'était qu'une chose et les droits de créance qu'il acquérait étaient comme une augmentation de cette chose qui profitait au propriétaire par voie d'accession. C'est ainsi que lorsqu'un esclave a plusieurs maîtres les créances nées de ses contrats se divisent entre ses maîtres proportionnellement à leurs droits de propriété. Il y a d'ailleurs exception à cette acquisition proportionnelle lorsque l'esclave déclare qu'il traite pour le compte de tel de ses maîtres, ou qu'il résulte de la nature des créances que le contrat est fait pour un seul (Institut. De stip. serv. § 3). De même, quand un esclave est grevé d'un usufruit, il acquiert tantôt pour le nu-propriétaire, tantôt pour l'usufruitier (D., 41, 1, l. 43 § 2).

Quoiqu'il en soit, cette décision n'en était pas moins un correctif très important à la non représentation. Ce que les Romains ne pouvaient faire par une *extranea persona*, ils pouvaient le faire par leurs esclaves, et ils avaient d'autant plus d'avantage à les placer à la tête de leurs maisons industrielles ou commerciales que le droit absolu qu'ils avaient sur leur personne répondait de leur fidélité.

Un père de famille acquiert des créances par ses enfants en puissance comme par ses esclaves. Nous relevons pourtant quelques différences :

a) Le fils de famille a cessé d'acquérir des créances à son père, et les a acquises pour lui-même, au moins dans une certaine mesure, à partir de l'époque où fut reconnue l'aptitude pour les fils à posséder un patrimoine propre (Girard, p. 135, 136).

b) L'*adstipulatio* d'un esclave est nulle ; celle d'un fils de famille est valable, mais la créance qui en résulte ne passe pas à son père ; elle demeure sur sa propre tête (Gaius, 3, § 114).

c) La remarque que nous avons faite pour l'esclave qui a plusieurs maîtres ne s'applique pas aux fils : on ne saurait être sous la *patria potestas* de plusieurs personnes.

d) La *patria potestas* n'était pas susceptible de démembrement : le fils ne pouvait donc acquérir de droits à un autre que son père.

§ 2. — *Mandat conventionnel.*

Nous avons vu dans notre première partie qu'on pouvait aliéner *per extraneam personam*, par un mandataire agissant en notre nom. Or l'aliénation entraîne parfois, comme conséquence immédiate, au profit de l'aliénateur lui-même, une créance contre l'acquéreur. En de tels cas, on acquerra une créance

un mandataire *extraneus*. Par exemple, je donne mandat à quelqu'un de prêter en mon nom une somme d'argent à Primus. La propriété des deniers passe directement de moi à Primus, et par conséquent c'est moi qui acquerrai directement l'action *certæ creditæ pecuniæ*. En est-il de même si les deniers prêtés appartiennent au mandataire et non à moi, mandant ? Les jurisconsultes admettent l'affirmative par l'effet des traditions feintes qui sont d'usage dans le *mutuum*. On sous-entend une première tradition translatrice de propriété faite par le mandataire au mandant. Les deniers étant ainsi devenus la propriété du mandant, on sous-entend une seconde tradition du mandant au mandataire, translatrice non de propriété mais de simple détention matérielle, à l'effet de remettre seulement cette détention des deniers au mandataire : de cette façon, la propriété passe directement du mandant au tiers emprunteur.

Ces décisions sont résumées très clairement dans le texte suivant de Paul (D. *De verb. oblig.* 45, 1, l. 126, § 2) : « *Plane si liber homo nostro nomine pecuniam daret vel suam vel nostram, ut nobis solveretur obligatio nobis pecuniæ creditæ acquireretur* ». Le même résultat se produisait lorsque les deniers étaient remis à l'insu du mandant ; il suffisait que la possession en fût remise au nom du mandant (D. *De reb. cred.*, 12, 1, l. 9, § 8).

Le prêteur pouvait aussi charger le mandataire de se faire donner une hypothèque pour se garantir contre l'insolvabilité de l'emprunteur. Cette hypothèque prenait-elle naissance en la personne du mandant ? Ici les Romains étaient revenus à leur principe de la non représentation : l'action hypothécaire était acquise au mandataire lui-même, sous l'obligation, sanctionnée par l'action *mandati directa*, de la céder au mandant (D. *De pign. act.* 13, 7, l. 11, § 6). Justinien dérogeant au principe décida que l'action hypothécaire naîtrait directement en la personne du mandant (Cod. *Per quas personas*, 4, 27, l. 2). Cette réforme a amené une interpolation dans la loi 21 pr. *De pign.* 20, 1.

Le droit civil n'est pas allé plus loin. En est-il de même du droit prétorien ? Faut-il admettre au contraire que le Prêteur, qui avait regardé l'intéressé comme tenu des obligations contractées pour son compte par le mandataire (V. section 1), l'avait également investi des créances acquises par ce dernier dans l'exécution du mandat ? La réforme prétorienne que nous avons constatée au point de vue passif, s'applique-t-elle aussi au point de vue actif ? C'est une question controversée entre les interprètes du droit romain.

Une première opinion soutient que la réforme s'applique au côté actif de l'obligation. On invoque

en premier lieu un argument d'analogie, la raison de symétrie. Puisque le Prêteur considérait le mandant comme devenu débiteur du tiers, il n'y avait pas de raison pour qu'il ne le considérât pas aussi bien comme créancier. L'équité le veut ainsi, dit-on. Si les actions acquises par le mandataire (*actio ex stipulatu, venditi, empti, locati, depositi, ex mutuo, etc.*) demeuraient sur sa tête, et que le mandant fût réduit à une action personnelle contre le mandataire pour se les faire céder, il serait exposé à l'insolvabilité de ce dernier. Au lieu d'avoir le bénéfice de ces créances, il concourrait sur leur produit avec la masse des créanciers du mandataire. Cette considération est corroborée par l'intérêt de la rapidité des affaires. Cet intérêt est l'une des causes qui firent conduire à donner une action directe au tiers contre le mandant. Il conduisit également au résultat réciproque. Si le mandant est obligé de se faire céder les actions du mandataire pour pouvoir se faire payer par les tiers, ce sera une source de complications et de retard.

Enfin, au point de vue des textes, on invoque surtout un fragment d'Ulpien (D. *De act. empti et venditi*, 19, 1, l. 13 § 25). Ulpien rapporte d'abord la décision de Papinien, aux termes de laquelle, à raison d'une vente faite par un mandataire, l'acheteur pouvait poursuivre le mandant par une action utile *ad*

exemplum institoriae actionis, et il ajoute : « *ergo et per contrarium dicendum est utilem ex empto actionem domino competere* ». On ne peut dire plus clairement que l'action réciproque de l'action institoire utile avait passé dans la pratique dès l'époque d'Ulpien. (En ce sens : M. Ruhstrat, *Jahrbücher de Ihering*, 26, 1888, p. 481 et s.).

Nous pensons au contraire avec M. Girard (Manuel élémentaire de Droit Romain p. 659) que les Romains n'avaient pas investi le mandant, même *jure prætorio*, des créances nées en la personne du mandataire, et que ce principe est demeuré vrai même sous Justinien. A nos yeux, en droit prétorien comme en droit civil, les créances restent fixées exclusivement sur la tête du mandataire.

Les textes nous paraissent décisifs en ce sens. Paul écrit, dans un texte conservé par Justinien dans son Digeste (De verb. oblig. 45, 1, l. 126, § 2) : *Per liberam personam quæ neque juri nostro subjecta est, neque bona fide nobis servit, obligationem nullam adquirere possumus* ».

Un autre texte de Papinien, supposant un achat conclu par un mandataire, déclare que le mandant évincé n'aura pas d'action en garantie contre le vendeur ; il ne pourra le poursuivre qu'après s'être fait céder l'action *ex empto* qui s'est fixée définitivement sur la tête du mandataire (D. De adquir. vel amitt.

poss., 41, 2, l. 49, § 2) : « *Etsi possessio per procuratorem ignorantem quæritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati ea cedere cogitur* ».

Paul suppose de même que le patron d'un *institor* ne peut pas agir contre les tiers puisqu'il dit que par faveur exceptionnelle et *cognita causa*, le Prêteur pourra lui permettre de poursuivre les tiers, par exemple pour le sauver des conséquences de la faillite de l'*institor*, D. 46, 5, l. 5.

Et qu'on ne dise pas qu'Ulpien admettait la solution contraire. Lorsque j'ai pris pour préposé, dit-il, l'esclave d'autrui ou un homme libre, je n'ai pas l'action directe ; mon seul droit est d'attaquer par l'action *mandati* le préposé ou son maître (D. *De inst. act.*, 14, 3, l. 1).

Dans un autre endroit (D. *De exerc. act.*, 14, 1, l. 1, § 18), Ulpien constatant que dans la pratique ordinaire, l'*exercitor* n'a pas d'action contre les tiers avec lesquels le *magister navis* a contracté pour son compte, dit que le *præfectus annonæ*, à Rome, et les gouverneurs de province pouvaient venir à son secours. Cette nécessité d'une faveur exceptionnelle confirme notre théorie.

Enfin une constitution de Dioclétien, c'est-à-dire de la fin du droit classique, maintenait le même principe

(Cod. *Per quas personas*, 4, 27, l. 1) : « *Excepta possessionis causa, per liberam personam, quæ alterius juri non est subdita, nihil adquiri posse, indubitati juris est* ».

Les raisons d'analogie et d'équité invoquées par l'opinion contraire ne nous paraissent pas fondées. Plaçons-nous en effet dans le cas ordinaire, celui d'un contrat synallagmatique fait par le mandataire, d'une vente par exemple. Il est vrai que le tiers vendeur a l'action *venditi* contre le mandant, mais il n'en résulte pas du tout à nos yeux que le mandant doive avoir l'action *empti* contre lui. Une telle solution, si on l'examine attentivement, serait même contraire à l'équité. N'oublions pas en effet que, si le vendeur a l'action *venditi utilis* contre le mandant, il a aussi cette action d'une façon directe contre le mandataire. Le mandataire est donc tenu personnellement de payer le prix. Il est vrai qu'il a lui-même l'action *mandati contraria* contre le mandant pour se faire décharger de cette obligation ou se faire rembourser s'il a payé, mais ce recours peut être illusoire par l'insolvabilité du mandant. Il lui est donc fort utile de demeurer lui-même seul titulaire de l'action *venditi*, qui lui permettra, s'il n'est pas indemnisé par le mandant, de se procurer la chose et de la retenir *pignoris loco*.

En un mot, la représentation imparfaite qu'admet-

taient les Romains au point de vue passif, et qui laissait le mandataire grevé de l'obligation, appelait, à titre de correctif, le maintien des actions sur la tête du mandataire, pour qu'il pût exercer sur elles un droit de rétention comme sûreté de son action *mandati contraria* (Voy. Girard, Manuel élémentaire du droit romain, p. 659).

En droit français où la représentation est admise d'une façon parfaite, il est sans péril de laisser les créances naître directement chez le mandant ; le mandataire n'en a pas besoin puisque sa responsabilité personnelle est hors de cause. Mais, à Rome, il aurait été inique de dépouiller le mandataire de droits qui font sa sûreté, et en vue desquels sans doute il a consenti à s'engager personnellement.

Tel étant le motif pour lequel les Romains déclarent que les actions acquises par le mandataire restent en sa personne, nous en concluons que les actions devaient passer au mandant à titre d'actions utiles lorsque le mandataire n'avait pas d'intérêt à les garder ou qu'il faisait faillite. Dans ce dernier cas, il serait inique que les créances acquises par le mandataire en exécution de son mandat, et grâce à des sacrifices faits par le mandant, entrent dans le gage commun des créanciers, et que le mandant n'ait sur leur valeur qu'un simple dividende. Les autres créanciers s'enrichiraient alors aux dépens du mandant. C'est

ainsi que dans notre contrat français de commission, le commettant peut, en cas de faillite du commissionnaire, revendiquer la créance du prix, lorsque le commissionnaire a vendu les marchandises consignées et n'en a pas encore touché le prix (C. Com. art. 574). A Rome, le Préteur pouvait, dans cette hypothèse, à titre, il est vrai, de faveur, et *cognita causa*, autoriser le mandant à exercer utilement les actions nées sur la tête de son *institor* (Gaius, D. *De inst. act.* 14, 3, l. 2; Paul, *De stip. prætor.* 46, 5, l. 5; Ulpien, *De exerc. act.* 14, 1, l. 1, § 18).

Nous pensons qu'il en serait de même si le mandataire n'avait aucun intérêt à garder les actions, par exemple s'il a été désintéressé par le mandant ou si celui-ci a payé directement le tiers, ou si le mandataire, n'étant pas devenu débiteur du tiers, n'avait aucun risque à courir. Il en serait ainsi si le mandataire avait été chargé de faire pour le mandant un contrat unilatéral tel qu'une stipulation ou un dépôt d'argent. Dans ces diverses hypothèses, et par décision exceptionnelle du magistrat rendue *cognita causa*, le mandant sera autorisé à poursuivre utilement le tiers qui s'est engagé envers le mandataire. Mais la nécessité même de cette décision de faveur prouve que d'une façon courante, et en règle générale, le mandant n'avait pas droit à l'action utile.

Que répondre maintenant à l'argument tiré de la

loi 13, § 25, D. *De act. emp. et vent.* 19, 1. où Ulpien accorde une action utile au mandant contre le tiers acheteur? — On peut de deux manières différentes, le mettre d'accord avec notre théorie.

Dans une première explication, proposée par Ihering, *Ceuvres Choiesies*, 1893, p. 247 et s., Ulpien suppose que le tiers agit *ex emplo* contre le mandant lui-même par l'action institoire utile, ce qui est son droit. Le mandant demande alors à faire valoir dans le même procès, et à titre d'action connexe en quelque sorte, sa propre créance *ex vendito*.

Une seconde explication proposée par M. Girard, p. 661, et qui nous paraît en parfaite harmonie avec les décisions ci-dessus, consiste à dire que le mandataire, étant dégagé de ses obligations, et n'ayant plus aucun intérêt à retenir l'action *venditi*, par exemple parce qu'il a été remboursé du prix par lui payé au tiers vendeur, ou parce qu'une novation l'a dégagé, ou parce que le mandant a payé directement le vendeur, ce mandant obtenait du magistrat par mesure extraordinaire, la faculté d'agir utilement contre le tiers.

§ 3. — *Mandat légal.*

Pas plus qu'un mandataire conventionnel, le tuteur (ou le curateur), qui n'est qu'un mandataire légal, ne

peut faire acquérir, par les contrats qu'il a faits pour le pupille (ou le mineur), aucun droit de créance à ce dernier. Le principe de la non représentation en effet l'empêche de faire ces contrats au nom de l'incapable.

En ce qui concerne les dettes, nous avons vu précédemment que les Romains avaient admis, à la fin de la tutelle, la translation, au point de vue passif, sur la tête de l'ex-incapable, des actions nées en la personne du tuteur ou du curateur. En fut-il de même au point de vue actif ? Admit-on que les actions seraient paralysées *exceptionis ope* à l'encontre du tuteur, et qu'elles ne seraient efficaces qu'au profit du pupille à titre d'actions utiles ?

Certains auteurs répondent affirmativement. En matière d'obligations, disent-ils, les Romains ont dérogé, en cas de tutelle et de curatelle, tant au point de vue actif qu'au point de vue passif, au principe prohibitif de la représentation. Ces auteurs invoquent tout d'abord la raison d'analogie. Il serait bien extraordinaire que les Romains eussent permis au tuteur de s'engager au nom du pupille sans l'autoriser par contre à stipuler au nom de celui-ci. Les motifs de la dérogation sont identiques ; il y a même un *a fortiori* en faveur de la seconde décision. S'il importe de mettre le tuteur à l'abri de l'insolvabilité du pupille en transférant les dettes sur la tête de ce dernier, il

est encore plus nécessaire de protéger le pupille contre l'insolvabilité du tuteur en faisant naître les créances directement en la personne du pupille. Le législateur doit songer à protéger les incapables plus encore que les administrateurs eux-mêmes.

Enfin, on invoque des textes conçus en termes généraux, et, dit-on, décisifs. On cite d'abord la loi 6, D. 26, 9, qui nous dit, d'une façon générale, que l'action *judicati* à raison d'un procès gagné par le tuteur pour le compte du pupille appartient à celui-ci et non au tuteur. Le texte ne distingue pas. Que le pupille soit *infans* ou qu'il ait dépassé l'âge de sept ans, qu'il soit présent ou absent, il acquiert dans tous les cas l'action *judicati* contre le tiers condamné, alors que le tuteur seul ou un mandataire du tuteur a figuré au procès. — On invoque en second lieu la loi 2, D. au même titre : « *Si tutor vel curator, pecunia ejus, cujus negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel prædia in nomen suum emerit, utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam* ». Ainsi le pupille devient créancier par les contrats de son tuteur, sans aucune distinction. Qu'il s'agisse d'une vente, contrat non solennel, ou même d'une stipulation, contrat formel, c'est le pupille et non le tuteur qui acquiert la créance. On ne distingue pas non plus suivant l'âge du pupille ou suivant son

état de présence ou d'absence. La Constitution 2, Cod. 5, 39, est conçue dans le même sens ; « *Et si tutores tui, cum pecuniam pupillarem credarent, ipsi stipulati sunt, utilis actio tibi dabitur* ». Une stipulation du tuteur produit donc son effet en la personne du pupille. S'il en est ainsi pour un contrat solennel tel que la stipulation, où la forme même « *Spondesne mihi* » est exclusive de la représentation, à plus forte raison doit-il en être de même sans difficulté pour les contrats consensuels. D'ailleurs cette induction faite pour les contrats consensuels est pleinement confirmée par la Constitution 4 au même titre. Le texte suppose qu'un tuteur (ou un curateur) a passé des baux pour un pupille (ou un mineur), et il dit que le pupille aura l'action *locati utile* contre le *conductor* et ses héritiers.

Nous préférons cependant l'opinion opposée qui est seule conforme au principe de la non représentation, et qui nous semble d'ailleurs commandée par la loi 5 Cod. 5, 39 : « *Per tutorem pupillo actio nisi ex certis causis quæri non potest.* » C'est donc à titre exceptionnel, *ex certis causis*, que le pupille devient créancier par l'intermédiaire de son tuteur. Précisons, à l'aide des textes et des principes généraux du droit que nous avons indiqués au § 2, quelles peuvent être ces *certæ causæ* :

1^o Lorsqu'un tuteur faisait un *mutuum* pour le

pupille, celui-ci acquérait directement la créance *ex mutuo* ; il acquérait même en vertu d'une Constitution de Justinien, l'hypothèque que le tuteur avait exigée de l'emprunteur. Ces décisions données pour le cas de mandat (supra § 2) doivent être évidemment étendues *a fortiori* au cas de tutelle, car s'il importe de mettre un mandant à l'abri de l'insolvabilité d'un mandataire qu'il a choisi, à plus forte raison doit-on protéger un pupille, *qui incidit in tutorem*, c'est-à-dire qui n'a pas choisi son tuteur.

Faut-il étendre cette décision à toute hypothèque que le tuteur se serait fait donner par le débiteur, quelle que soit la cause de l'obligation et alors même qu'elle ne proviendrait pas d'un *mutuum* ? Cela nous paraît fort douteux, étant donnés les termes limités de la Constitution 5 précitée : « *nisi ex certis causis.* »

2° Lorsque le prêt avait lieu moyennant des intérêts ce qui était le cas habituel, le prêteur devait, pour se ménager un moyen de réclamer ces intérêts en justice, faire une stipulation à cet effet, car le simple pacte d'intérêts joint au *mutuum* n'engendrait qu'une obligation naturelle. Pour rendre cette obligation civile, il fallait donc, comme nous venons de le dire, faire une stipulation dans laquelle l'usage était de comprendre du même coup la somme prêtée elle-même, de telle sorte que le capital et les intérêts se trouvaient

également dus *ex stipulatu*. Le préteur y trouvait un avantage au point de vue de la preuve. Au lieu d'avoir à prouver la numération des espèces, base du contrat réel de *mutuum*, il n'avait dès lors qu'à prouver la stipulation. Se référant à cet usage, la loi 9 pr. D. 26, 7, suppose qu'un tuteur, après avoir prêté à intérêts des capitaux appartenant au pupille, a stipulé à la fois de l'emprunteur la somme prêtée et les intérêts. L'action *ex stipulatu* sera-t-elle alors acquise à titre utile, bien entendu, au pupille ? Julien, nous dit Ulpien dans ce texte, accorde l'action utile au pupille lorsque celui-ci est *infans* et n'a pas d'esclave au moment du contrat fait pour son compte par le tuteur. Nous concluons de là *a contrario*, en vertu de la règle posée dans la Constitution 5 Cod. 5, 39, que si le pupille est sorti de l'*infantia*, ou si, étant *infans*, il a des esclaves, le tuteur ne peut stipuler qu'en son propre nom, et que l'action *ex stipulatu* ne peut, par suite, passer au pupille. Du moment que la nécessité de déroger au principe de la non représentation n'existe pas, ce principe doit s'appliquer. Cette décision nous paraît d'ailleurs confirmée par la suite du texte où Ulpien interprète restrictivement la solution de Julien. Il dit, en effet, que si le pupille est absent, le tuteur ne peut stipuler qu'en son propre nom. Ulpien estime sans doute que, dans ce cas, le tuteur pourrait faire

revenir le pupille ou se transporter auprès de lui, et le faire stipuler lui-même, et que dès lors le motif de la dérogation à la non représentation n'existe plus.

3° En cas de constitution faite par le tuteur (ou par le curateur d'un mineur ou par l'administrateur d'un municpe) pour le compte du pupille (ou du mineur en curatelle ou d'un municpe), celui-ci acquérait contre le tiers l'action utile *de constituta pecunia*.

4° Lorsque le tuteur avait gagné un procès pour le compte du pupille, l'action *judicati* était donnée à ce dernier contre le défendeur condamné (D. 26, 7, l. 2, pr.). Nous n'insisterons pas sur cette dérogation, ne voulant pas entrer sur le terrain des actes judiciaires. Remarquons seulement que le texte n'est bien affirmatif que lorsque le tuteur « *non se liti obtulit* », c'est-à-dire lorsque ce n'est pas volontairement qu'il a entrepris le procès personnellement. En un mot, il s'agit d'un cas où le tuteur n'avait pas le choix entre la gestion et l'*auctoritas*, et où il était forcé, à peine de compromettre les droits du pupille et d'engager ainsi sa responsabilité *ex tutela*, de plaider personnellement. C'est ce qu'explique d'ailleurs le jurisconsulte : « *cum non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum iudicium* ». Si donc le tuteur « *se liti obtulit* », s'il a préféré, alors qu'il aurait pu faire intervenir

le pupille lui-même, engager le procès en son propre nom, nous entrons dans le domaine de la non représentation, et l'action *judicati* naît et demeure sur la tête du tuteur, sauf cession conventionnelle ultérieure au pupille.

5° Les fragments 2, 3 et 4, D. 46, 6, prévoient des cas où il fallait nécessairement que ce fût le pupille lui-même qui devînt créancier. Il s'agit, en effet, de la promesse du tuteur d'administrer la fortune du pupille en bon père de famille, en un mot de la *cautio rem pupilli salvam fore*. Il n'était pas admissible que le tuteur devînt alors créancier de lui-même ; il fallait absolument faire naître sur la tête du pupille la créance *ex stipulatu*. Comment s'y prendre si le pupille était *infans*? — On employait en pareil cas le procédé ordinaire : on faisait stipuler un esclave du pupille. S'il n'en avait pas, on lui en achetait un, sauf à le revendre immédiatement après. On admettait même, pour plus de simplicité, qu'un *servus publicus*, ou une personne quelconque qui se trouvait présente, pouvait, sur l'invitation du magistrat, stipuler du tuteur *rem pupilli*, etc.

Ainsi, la stipulation d'une *extranea persona* faisait acquérir au pupille l'action *ex stipulatu* contre le tuteur. On ne peut s'empêcher de voir là une application directe de la représentation telle que nous l'entendons aujourd'hui. En présence de la nécessité

pratique, les Romains n'avaient pas hésité à abandonner momentanément le principe.

En dehors de ces cas, nous pensons que le tuteur acquérait les créances personnellement et sous l'obligation de les céder au pupille à la fin de la tutelle. Cette interprétation nous paraît imposée par la loi 5, Cod., 5, 39 (argument des mots « *nisi ex certis causis* »).

Reste à expliquer la raison de la différence faite par les Romains entre les créances qui naissent sur la tête du tuteur et y demeurent jusqu'à la cession qu'il en fera au pupille, et les dettes qui, à la fin de la tutelle, passent de plein droit du tuteur au pupille. M. Gérardin, dans son Cours de Pandectes sur la Tutelle, a donné la raison suivante qui nous paraît plausible. En ce qui touche les dettes, l'intérêt bien entendu du pupille voulait que le tuteur fût à l'abri de toute poursuite des tiers ; autrement il aurait pu hésiter à faire, durant la tutelle, les contrats nécessaires à la bonne administration, et le patrimoine du pupille eût souffert de cette abstention. Pour éviter d'engager sa responsabilité, il n'aurait pas acheté les choses nécessaires, fait réparer des bâtiments tombant en ruines, il n'aurait pas substitué à des obligations à gros intérêts des dettes à intérêts plus faibles, etc. En effet, son action contre le pupille pour se faire décharger ou indemniser, l'action *tutelæ contraria* est

purement personnelle et ne jouit d'aucune garantie spéciale.

Qu'importait au contraire au pupille que les créances demeuraient sur la tête du tuteur ? Il était sûr d'obtenir de ce dernier la cession de ces actions ou leur valeur. Les Romains se sont en effet préoccupés de protéger le pupille contre l'insolvabilité du tuteur et ont multiplié à cet égard les garanties. La *satisfactio rem pupilli salvam fore* permettait au pupille de poursuivre *ex stipulatu* les fidéjusseurs fournis par le tuteur, et on sait qu'à Rome l'usage était de fournir non pas un seul fidéjusseur, mais plusieurs. Lorsque les fidéjusseurs étaient insolubles, le pupille pouvait rendre responsables de la perte les magistrats qui n'avaient pas suffisamment vérifié l'état de fortune de ces fidéjusseurs. En cas de pluralité de tuteurs, le pupille avait en général le droit de poursuivre le plus riche d'entre eux *in solidum*, à raison de toutes les obligations dérivant de l'administration.

D'autre part, vis-à-vis du tuteur lui-même le pupille jouissait d'un *privilegium inter personales actiones* qui lui donnait un droit de préférence sur les biens de son tuteur à l'encontre de tous les créanciers chirographaires de celui-ci. Enfin, Justinien, considérant que cette mesure de protection était insuffisante lorsque le tuteur avait des créanciers hypothécaires, accorda au pupille une hypothèque générale sur les biens du tuteur.

Cette hypothèque frappe donc les actions acquises par le tuteur pour le compte du pupille. Celui-ci de cette façon, s'il n'était pas titulaire des actions elles-mêmes, en avait désormais le bénéfice exclusif, ce qui pratiquement aboutissait au même résultat que notre représentation moderne, car ce n'est pas tant le droit que le bénéfice du droit qu'il importait d'assurer au pupille

Il nous reste à répondre aux arguments de l'opinion adverse. Nous venons déjà de réfuter la raison d'analogie. Nous avons dit que s'il importait, dans l'intérêt même du pupille, de transférer les obligations sur la tête de ce dernier, il n'en était pas de même des créances dont il était sûr de recouvrer le bénéfice soit en s'adressant aux fidéjusseurs, soit en invoquant son *privilegium inter personales actiones*, et surtout son hypothèque générale sur les biens du tuteur.

Quant aux quatre textes invoqués (D. 26, 9, l. 6 ; *cod.* l. 2 ; Cod., 5, 39, l. 2 ; *cod.* l. 4), ils sont loin d'être décisifs et nous ne pensons pas qu'ils aient en réalité le caractère général qu'on leur suppose.

La loi 6, D. 26, 9, ne doit pas être séparée de la loi 2, pr. 26, 7. Il vaut mieux donner à la loi 6, D. 26, 9, un sens qui la met en harmonie avec la loi 2 pr. 26, 7, et avec le principe général posé par la loi 5 Cod. 5, 39, qu'une signification de nature à rendre inintelligibles ces divers textes. Nous dirons donc que dans la loi 6,

le jurisconsulte se plaçait dans un cas où le tuteur *non se ad iudicium obtulit*, c'est-à-dire où il ne pouvait pas faire intervenir le pupille lui-même à raison de son absence où de son *infantia*. C'était généralement dans ce cas en effet, que le tuteur plaidait lui-même pour le pupille. Lorsque le pupille était présent et sorti de l'*infantia* le tuteur le faisait intervenir et se bornait à lui donner l'*auctoritas* : l'instance se liait alors entre le pupille et le tiers. En un mot, Papinien a visé le *quod plerumque fit*. Or, c'était par exception qu'un tuteur agissait personnellement pour le compte du pupille.

En ce qui touche la constitution 2, Cod. 5, 39, d'où l'on induit que le tuteur pouvait stipuler au nom du pupille, de manière à faire naître directement sur la tête de celui-ci l'action *ex stipulatu*, il nous semble que cette conclusion est bien hardie. Le texte vise le cas particulier de la stipulation d'une somme d'argent appartenant au pupille et prêtée par le tuteur. L'action *ex stipulatu* est destinée ici à remplacer l'action *certæ creditæ pecuniæ* que le prêteur pouvait intenter en vertu de la loi *Silia*, mais qui avait l'inconvénient d'exiger la preuve de la numération d'espèces. Or l'action *certæ creditæ pecuniæ* dérivant d'un *mutuum* naissait directement dans la personne du pupille, qui était le véritable aliénateur, en vertu de la règle qu'on peut aliéner la propriété par autrui (V. notre première

partie). Il était dès lors assez naturel que la créance *ex stipulatu*, fut placée, elle aussi, du moins à titre d'action utile, sur la tête du pupille. D'ailleurs, nous pensons que ce résultat ne se produisait, malgré la généralité du texte, qu'en cas d'*infantia* ou d'absence du pupille. Nous ferons le même raisonnement que pour la loi 6, D. 26, 9 :

1° C'est la seule interprétation qui permette d'accorder notre texte avec la décision formelle et très explicite du fragment 9, pr. D. 26, 7 ;

2° Le jurisconsulte vise le *plerumque fit* : quand un tuteur stipule lui-même, c'est que le pupille est *infans* ou absent ; autrement il fait prononcer par le pupille les paroles de la stipulation.

Reste la loi 2, D. 26, 9. Distinguons les deux hypothèses de ce texte.

Dans la première, il s'agit d'un prêt consenti par le tuteur pour le compte du pupille, et accompagné d'une stipulation faite par le tuteur. Ulpien dit que l'action *ex stipulatu* sera donnée utilement au pupille.

Nous ferons exactement la même réponse que pour le texte précédent (Cod. 5 39, l. 2). Cette décision est spéciale à la stipulation d'une somme d'argent prêtée par le tuteur et appartenant au pupille, et elle vise le cas d'un pupille *infans* ou absent. Si le texte était applicable à un pupille présent et sorti de l'*infantia*, Ulpien se serait mis en contradiction avec lui-même,

car c'est lui qui est l'auteur de la loi 9 pr. D. 26, 7, où nous voyons ainsi limitée la brèche faite au principe de la non représentation.

La seconde hypothèse est celle de l'achat d'un fonds de terre pour le compte du pupille alors que le tuteur a opéré en son nom personnel. Ulpien nous dit qu'une action sera donnée au pupille *ad rem vindicandam*.

Que faut-il entendre par cette action *ad rem vindicandam* ? » Deux interprétations ont été proposées.

On soutient tout d'abord qu'il s'agit ici de l'action *ex empto utilis*. Le mot *vindicandam* est pris dans un sens large, pour *exigendam*. Il s'agit d'une action pour réclamer la chose au vendeur ; or cette action ne saurait être la revendication, car de deux choses l'une :

Ou bien la chose a été livrée, et alors le pupille est devenu propriétaire *per tutorem*, et en même temps possesseur ; il n'a donc pas besoin d'agir en justice pour avoir la chose, pas plus par la revendication que par toute autre action.

Ou bien la chose n'a pas été livrée, et alors le pupille n'est pas propriétaire, et ne saurait revendiquer, pas plus que son tuteur, la propriété étant restée au vendeur. Dans ce cas, le pupille a besoin d'une action pour se faire livrer la chose, mais ce n'est pas la revendication, c'est l'action *ex empto*.

Cette action lui est donnée par notre texte à titre d'action utile, car elle a lieu contrairement au principe de la non représentation. Donc, la seule action dont il s'agisse ici, c'est l'action *ex empto utilis*.

Mais cela ne contredit-il pas notre théorie? En aucune façon, car nous pouvons supposer, comme nous l'avons fait pour la stipulation relative à un prêt que le pupille est *infans* ou absent. Il est logique, en effet, qu'Ulpien, dans le même texte, vise la même situation du pupille. Si le pupille était présent et sorti de l'*infantia*, le tuteur l'aurait fait intervenir pour la conclusion du contrat: le tuteur aurait eu ainsi l'avantage évident de se dégager *hic et nunc*, et sans attendre la fin de la tutelle, de l'obligation *ex vendito*.

La seconde explication consiste à dire que le tuteur avait inséré dans la vente un constitut possessoire qui faisait acquérir au pupille la possession et aussi la propriété. M. Gérardin objecte (Cours de Pandectes sur la tutelle, 1891-1892) que dans cette supposition, ce n'est pas la revendication utile qu'aurait intentée le pupille, mais l'action directe. Or le texte ne donne au pupille que l'action utile.

Nous répondrons deux choses :

1° Il s'agit ici d'un fonds, et vraisemblablement d'un fonds italique. Un fonds italique étant *res mancipi*, la tradition n'en transférait que la propriété

bonitaire sanctionnée par une action *in rem utilis*, l'action publicienne.

2^o On peut dire aussi que le jurisconsulte donnait une solution commune, consistant à dire que le pupille avait une action contre le tiers pour deux hypothèses où le tuteur avait contracté pour son compte. Dans l'une d'elles, l'action est utile, dans l'autre, elle est directe, mais le jurisconsulte, songeant sans doute davantage à la première, a ajouté le mot *utile*. Son objet, d'ailleurs, n'était pas de statuer sur le caractère utile ou direct de l'action ; ce point était pour lui secondaire, puisque pratiquement il n'y avait pas de différence entre les deux formes d'action. Il n'y a donc aucun argument à tirer du texte pour dire que dans le second cas, celui de la vente, l'action était utile.

Nous proposons une troisième explication.

Le tuteur avait reçu, non la tradition, mais la mancipation d'une *res Mancipi*. Cette conjecture est d'autant plus vraisemblable qu'il s'agit dans le texte de *prædia* qui étaient des *res Mancipi*. La partie du texte qui mentionnait la mancipation n'a pas été conservée par Justinien qui avait supprimé ce mode solennel d'acquérir. Le tuteur était intervenu lui-même dans la mancipation à raison de l'*infantia* ou de l'*absentia* du pupille, et avait acquis ainsi personnellement la propriété. Mais, à raison de la possibilité où le tuteur se

trouvait de procurer au pupille la propriété et la revendication, on donnait au pupille cette dernière action à titre d'action utile, comme on lui donnait l'action *ex stipulatu utilis*, l'action *judicati utilis*, à raison d'une stipulation ou d'un procès dans lesquels son tuteur était intervenu personnellement. Les compilateurs du Digeste, après avoir effacé la mention de la mancipation dont parlait le jurisconsulte, ont conservé maladroitement la conclusion sans remarquer qu'elle n'était plus d'accord avec les prémices.

CHAPITRE II

De la non représentation dans les actes extinctifs d'obligations.

Le simple consentement était, à l'origine, aussi impuissant à éteindre l'obligation qu'à lui donner naissance, et il en était ainsi même quand le consentement était accompagné d'un fait matériel tel que la prestation de la chose due. Pour éteindre l'obligation, il fallait, en résumé, employer des formes déterminées par la loi et qui étaient adéquates — la novation et la *litis contestatio* mises à part, de même que le cas fortuit rendant impossible l'exécution de l'obligation — aux formes mêmes dont on avait dû se servir pour la créer.

Nous n'avons pas de certitude pour l'extinction des

obligations *litteris*, à raison du silence de Gaius. Mais un passage de Pline le Jeune (Lettres, 2, 4, 2) et un texte de Papinien (Frag. vat. § 329) nous permettent de supposer, avec beaucoup de vraisemblance, qu'elle avait lieu de la façon suivante : le débiteur indiquait dans son codex, avec le consentement du créancier qu'il avait payé ce créancier, et le créancier marquait également sur son codex qu'il avait reçu le paiement.

Il est évident que ce mode ne comportait pas l'intervention d'un tiers aux lieu et place de l'une des parties, car la mention faite sur le codex de ce tiers n'eut eu aucun sens. Sans doute, les Romains n'étaient pas obligés d'écrire de leur propre main les mentions de leur codex ; ils pouvaient avoir un commis aux écritures, un teneur de livres. Mais le rôle de ce commis était alors purement matériel. Un tel préposé n'était en quelque sorte que le porte-plume de son préposant, de même que le *nuntius* n'était que le porte-paroles de celui qui l'envoyait.

Nous sommes mieux renseignés en ce qui touche l'obligation née du *nexum*. Elle s'éteignait, comme elle s'était formée, par une pesée du métal-monnaie, accompagnée de paroles solennelles que rapporte Gaius, III, §§ 173 et 174, mais qui malheureusement n'ont pu être déchiffrées en entier dans le manuscrit

de Vérone. Cette pesée, réelle à l'origine, comme dans le contrat même de *nexum*, devint simplement ensuite un symbole ; la satisfaction était fournie, en dehors de cette solennité, soit par le paiement proprement dit, soit par une dation en paiement. Le débiteur pouvait même ne rien donner du tout : il en était ainsi quand la libération avait lieu *donationis* ou *dotis causa*.

Un tel mode d'extinction ne comportait pas la représentation. Les paroles à prononcer n'avaient de sens que dans la bouche des parties elles-mêmes, c'est-à-dire le débiteur et le créancier. Toutefois le débiteur pouvait y être remplacé par ses personnes en puissance puisqu'elles avaient qualité pour améliorer la condition de leur chef (D. *De solut.* ll. 63, 71 § 2). Par contre la représentation du créancier n'était pas possible, même par ses subordonnés, les personnes *alieni juris* ne pouvant rendre pire la condition du père de famille.

L'acceptilation est applicable aux obligations *verbis*. Elle consiste en paroles solennelles comprenant une interrogation et une réponse conformes (Gaius, III § 169). Ces paroles ne peuvent être prononcées par un représentant, de même que dans le cas de libération par le *nexum* et pour la même raison.

On peut cependant, dans certains cas, faire acceptilation par mandataire. Il en est ainsi quand le man-

dataire a figuré lui-même dans l'obligation, en supposant bien entendu que cette obligation ait été contractée *verbis*. Par exemple, le mandataire est un *adstipulator*, un *correus stipulandi* ; il peut alors faire acceptilation au débiteur. De même, s'il est *adpromissor* ou *correus promittendi*, il pourra la recevoir. Pour parvenir à ce résultat, il n'est même pas besoin d'un mandat spécial donné par le véritable intéressé ; il suffit du mandat originaire en vertu duquel le mandataire s'est joint au mandant comme créancier ou comme débiteur (D. *De duobus reis*, l. 2 ; *De acceptil.* l. 13 § 12 ; l. 16 pr.).

Cette règle n'est pas contredite par la loi 5 § 1, D. *De donat. int. vir. et uxor.* 24, 1. Ulpien suppose qu'un mari ayant pour débiteurs corréaux sa femme et Titius fait acceptilation à Titius ; il décide qu'alors la femme n'est pas libérée. La pensée d'Ulpien est que cette femme est à la vérité libérée, mais qu'à raison de la prohibition des donations entre époux elle ne doit pas avoir le bénéfice de sa libération, et que par conséquent elle demeurera tenue envers son mari de lui restituer ce profit par une *condictio sine causa*.

Quoiqu'il en soit, la prohibition de la représentation dans l'acceptilation était fort gênante lorsque le créancier ou le débiteur était fou, infans, ou lorsque les parties ne se trouvaient pas dans le même lieu, par exemple quand le créancier était à Rome et

le débiteur à Ephèse, ou à Carthage, et l'on imagine le détour de la novation, — nous visons ici la novation ordinaire, celle qui s'accomplit par stipulation — afin de rendre possible l'acceptilation par mandataire. Le mandataire, pouvait, en effet, avec la volonté de l'autre partie se substituer à son mandant dans les liens de l'obligation, soit comme créancier, soit comme débiteur. Une fois qu'il était ainsi devenu sujet actif ou passif de l'obligation, l'acceptilation ne souffrait plus aucune difficulté.

L'application de ce procédé était d'un usage courant en cas de tutelle, ainsi que l'atteste la loi 13, § 10, D. 46, 4. Le tuteur jouissait à Rome d'un pouvoir assez large, non seulement pour s'obliger à la place du pupille, mais aussi pour se substituer à lui comme créancier ou débiteur. Le pupille était-il débiteur? le tuteur le libérait en promettant à son créancier ce qu'il lui devait. De même le tuteur dépouillait le pupille de sa créance en stipulant du débiteur ce que celui-ci devait au pupille. Il en résultait que le tuteur pouvait ensuite faire une acceptilation ou la recevoir pour le compte du pupille. On objecterait en vain, pour ce qui touche l'acceptilation faite par le tuteur à un débiteur du pupille, que la donation excède les pouvoirs du tuteur. L'acceptilation n'était pas forcément faite à titre gratuit; elle avait lieu souvent *ob rem*, c'est-à-dire moyennant un équivalent fourni par le

débiteur. Elle pouvait être aussi l'exécution d'une obligation, par exemple lorsque le père du pupille avait légué à son débiteur sa libération ; l'acceptilation du tuteur libérait alors le pupille de l'obligation *ex testamento*.

Pour n'avoir pas à revenir spécialement sur la novation, demandons-nous, puisque nous avons été amené à en parler ici, si un *correus stipulandi* a le pouvoir de dépouiller les autres *correi* de leur droit en faisant novation avec le débiteur ? Le Digeste nous révèle sur ce point une controverse entre les jurisconsultes. Venuleius admettait l'affirmative (D. 46, 2, l. 31 § 1). Paul déclare, au contraire, que cette novation n'a pas d'effet à l'égard des autres *correi* (D. 2, 14, l. 27. pr.). Il nous semble que l'opinion de Venuleius est plus conforme aux principes généraux de la corréalité. Pourquoi un *correus* qui pouvait éteindre l'obligation par acceptilation n'aurait-il pas pu produire le même résultat par la novation ? Ce serait là une bizarrerie inexplicable. J'ajoute que le texte de Venuleius a été inséré par les compilateurs du Digeste au siège même de la matière, au titre des novations, ce qui implique bien que cette solution avait triomphé. Paul lui-même paraît être revenu sur sa première opinion, car il reconnaît que le pacte de *constitut*, intervenu entre l'un des *correi* et le débiteur,

fait perdre aux autres leur droit (D. *De pecunia constituta*, 13, 5. l. 10).

Nous avons dit plus haut que le paiement ne dispensait pas, à l'origine, de procéder à l'extinction de l'obligation par un mode solennel adapté à la formalité qui l'avait créée : c'était l'acte formel organisé par le droit civil qui éteignait l'obligation. Mais le droit romain se départit avec le temps de ce formalisme et finit par attacher au seul fait du paiement la vertu libératoire. En droit classique, le paiement est le mode usuel et normal d'extinction des obligations. Supposons d'abord une obligation de *dare*. Le paiement consiste dans le transfert de propriété de la chose due. Le débiteur a payé, et il est libéré lorsqu'il a transféré cette propriété au créancier, et réciproquement le créancier est payé et perd sa créance quand il a acquis cette propriété. Dès lors, la question du paiement par l'intermédiaire d'autrui est liée à celle de l'aliénation et de l'acquisition de la propriété par autrui.

Nous savons en premier lieu qu'on pouvait acquérir la propriété *per extraneam personam*. Il suit de là qu'un créancier perdait sa créance par un paiement fait à son fondé de pouvoir, celui-ci fût-il une *extranea persona*. Ce point est formellement indiqué dans les *Institutes*, *De solut. pr.*, et dans ce passage précis

de Gaius (D *De neg. gest.* 3, 5, l. 39) : « *Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum* ». « *Nec interest quis solvat*, disent les Institutes (III, 29, pr.), *utrum ipse qui debet, an alius pro eo* ».

Pour bien comprendre la règle qu'on peut payer par l'intermédiaire d'autrui et se trouver ainsi libéré de son obligation, nous distinguerons les obligations de donner, de faire et de ne pas faire.

A. — Supposons une obligation de *dare*, et sous-distinguons selon qu'il s'agit d'un *corpus* ou d'une chose déterminée *in genere*, par exemple 100 écus d'or.

a. — Il s'agit d'un corps certain.

Ce corps certain peut appartenir au promettant ou à un tiers.

α) Dans la première hypothèse, le débiteur peut faire payer par mandataire. On peut dire alors, étant donné le principe que la propriété peut être aliénée *per extraneam personam*, que le débiteur ne paie pas par autrui, mais qu'il paie lui-même. Il en est de même si un tiers, se portant gérant d'affaires du débiteur, paie pour lui, en supposant bien entendu que cet acte de gestion d'affaires soit utilement fait. Si, par exemple, le gérant avait payé une simple obligation naturelle du *dominus rei gestæ*, je crois que le *dominus* pourrait revendiquer la chose contre le créancier, et que celui-ci ne pourrait pas lui opposer l'exception de dol.

β) Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsque le débiteur a promis un corps certain appartenant à un tiers, celui-ci peut payer valablement pour le compte du débiteur qui sera dès lors libéré. Le tiers peut faire ce paiement soit sur le mandat du débiteur, soit comme gérant d'affaires. Il est possible aussi que le tiers ait payé *suo nomine*, se croyant débiteur, par exemple s'il pense à tort être l'héritier du débiteur. Dans ce cas, la dette n'est pas éteinte, car le tiers n'a pas voulu la payer. Donc, le débiteur reste tenu, mais le tiers a la *condictio indebiti* contre le créancier ; il n'a pas la revendication, car la tradition sur fausse cause transfère la propriété. Le sénatusconsulte Juventien, qui s'est préoccupé de mettre le possesseur de bonne foi d'une hérédité à l'abri de toute perte, a décidé que le tiers pourrait se couvrir sur l'hérédité elle-même, du sacrifice qu'il a fait, en retenant la valeur de ce qu'il a payé, sous l'obligation de céder sa *condictio indebiti* au débiteur. Au reste, cette *condictio*, qui aurait réussi au profit du tiers, sera repoussée contre le débiteur, car si le tiers *solvens* ne devait pas, le débiteur, c'est-à-dire l'héritier véritable, doit, et il commettrait un dol en exerçant cette *condictio*. Donc, dans cette hypothèse, on peut dire que si le paiement n'est pas libératoire en théorie, tout se passe pratiquement comme s'il l'était. Si le créancier poursuit l'héritier, celui-ci lui opposera,

sous forme d'exception de dol, la compensation à raison de sa créance *ex indebito soluto*.

b. — Il s'agit d'une chose *in genere*. Il faut alors et il suffit, pour que le paiement soit libératoire, que le tiers ait payé *debitoris nomine*. Cette dérogation à la non représentation eut sans doute la même origine que celle en vertu de laquelle on pouvait faire un *mutuum* par mandataire, même dans le cas où les deniers prêtés appartenaient à ce mandataire. On dut sous-entendre une tradition de ces deniers faite par le tiers *solvens* au débiteur, et une seconde tradition, à titre de mandat, faite par le débiteur au *solvens*, de telle sorte que les deniers payés par le *solvens* étaient réputés ceux du débiteur lui-même, et ainsi la propriété de la chose due passait directement du débiteur au créancier, ce qui explique très bien l'extinction de la dette.

Si le tiers a payé *suo nomine*, la dette n'est pas éteinte, car le tiers ne l'a pas payée ; ce qu'il a payé, c'est l'indû. S'il a payé de bonne foi, se croyant débiteur, il pourra se faire rembourser par le véritable débiteur, en lui cédant sa *condictio indebiti* qui permettra à ce dernier de repousser par la compensation l'action du créancier. S'il a payé de mauvaise foi, il pourra encore se faire rembourser par le débiteur, mais à la condition de lui promettre, avec garantie de fidéjusseur, qu'il le défendra contre les poursuites du

créancier (arg. de la loi 38, § 2, D. *De sol.* 46, 3).

Les Romains se servaient souvent d'*adpromissores* ou faisaient intervenir des *correï promittendi*. Ces codébiteurs, principaux ou accessoires, avaient le droit et même l'obligation de payer une dette à laquelle leur intérêt était étranger, soit pour partie, soit même pour le tout. Au fond, il y avait là un mandat de lui procurer du crédit et de faire au besoin l'avance de la somme due, donné au moment même du contrat par le débiteur véritable, seul ou principal intéressé. Ce procédé évitait toute difficulté sur le point de savoir si le paiement était ou non libératoire ; il était bien certain alors que le *solvens* avait payé *debitoris nomine*.

Supposons maintenant qu'il s'agisse d'une obligation de faire. L'exécution du fait par autrui ne saurait être identique à celle qu'opérerait le débiteur lui-même (D. *De condict. indeb.* 12, 6, l. 26, § 12 ; D. *De sol.* 46, 3, l. 31).

Il est probable qu'anciennement un tel paiement ne pouvait être fait par un tiers, à moins que le créancier n'y consente, et que l'obligation s'éteignait par la mort du promettant. On peut invoquer en ce sens une Constitution de Justinien (Cod. *De contr. et comm. stip.* 8, 38, l. 13). Cette Constitution admet que l'obligation de faire peut être payée par autrui, et qu'elle est transmissible aux héritiers du débiteur, ce qui

implique qu'il n'en fut pas ainsi au début : autrement la Constitution serait inutile.

Toutefois, dès avant ce prince, la prohibition de payer par autrui une obligation de faire ne fut pas toujours observée. Justinien constate qu'Ulpien lui-même n'exigeait pas l'intervention personnelle du débiteur dans l'exécution. De bonne heure, nous semble-t-il, on dut distinguer les *operæ fabriles* et les *operæ officiales*.

Les *operæ officiales* sont des services où domine l'*intuitus personæ* et qui n'ont d'utilité que lorsqu'ils sont rendus par telle personne déterminée à telle autre. Les *operæ fabriles* n'impliquent pas cette considération de personne ; ce sont des services qui ont la même utilité, quelle que soit la personne qui les rende, et qui, par cela même, peuvent être évaluées uniformément en argent.

Il suit de là qu'une obligation ayant pour objet des *operæ fabriles* peut être novée, cédée, transmise aux héritiers, et qu'il n'en est pas de même d'une obligation portant sur des *operæ officiales* (D. *De op. lib.*, l. 6 et l. 9, § 1). Ainsi le débiteur tenu d'*operæ fabriles* peut les faire exécuter par mandataire, mais il n'en est pas de même en cas d'*operæ officiales*.

J'ajoute que si l'obligation de faire n'avait pas pu, avant Justinien, être exécutée par autrui, les jurisconsultes n'auraient pas permis à une personne de

promettre un fait qu'elle est manifestement dans l'impossibilité d'exécuter. Or, nous voyons les jurisconsultes valider l'obligation, contractée par une personne qui ne sait pas écrire, de copier un ouvrage, par un paralytique, de piocher la terre, et les textes donnent comme raison que tous les hommes ne sont pas incapables de piocher ou d'écrire (D. *De verb. oblig.*, l. 35, pr. et l. 137, § 5). Ces textes impliquent la possibilité de se libérer par mandataire d'une obligation de faire, à moins que le créancier n'ait un intérêt légitime à exiger le fait personnel du débiteur. Toutefois, cette solution soulevait sans doute certaines objections de la part des jurisconsultes attachés aux anciens principes, et c'est pour faire cesser toute difficulté que Justinien fit la Constitution 13, Cod. 8, 38, précitée. Dans l'esprit de cette Constitution, l'obligation de faire peut être exécutée par autrui, toutes les fois qu'il ne résulte pas de la volonté formelle des parties ou de leur intention tacite, manifestée par les circonstances de la cause, que l'obligation devait être exécutée par le débiteur lui-même.

Supposons enfin une obligation de ne pas faire. Il est évident qu'elle ne saurait être exécutée par l'intermédiaire d'autrui. Voy. D. *De verb. oblig.* 45, 1, l. 49 § 2. Ce texte très intéressant suppose que je me suis obligé envers vous, en vous fournissant un fidéjusseur, à ne pas vous empêcher de passer par un

certain chemin. C'est en vain que le fidéjusseur exécuterait cette obligation ; si je vous empêche le passage, je suis tenu, et par suite le fidéjusseur l'est aussi. Mais, à l'inverse, il suffit que j'exécute personnellement mon obligation en n'entravant pas le passage, pour que je sois libéré, alors même que le fidéjusseur vous empêcherait de passer. Vous ne pourriez même pas demander des dommages-intérêts au fidéjusseur qui entrave votre passage, car il a garanti seulement mon obligation ; il a promis mon abstention et non pas la sienne : du moment que je suis libéré, il l'est aussi, puisque son obligation est accessoire à la mienne.

Nous savons d'autre part qu'on peut acquérir la propriété par un fondé de pouvoir, fût-il une *extranea persona*. Le paiement fait à mon mandataire était donc valable, puisque j'acquerrais la propriété de la chose due, et je perdais ainsi ma créance. Nous trouvons une application de cette règle en matière de curatelle dans la loi 14 § 7, D. 46, 3 : « *Curatori quoque furiosi recte solvitur* ». Voy. aussi le fragment 12, D. *De solut. et liber.* 46, 3.

Le mandat de recevoir le paiement pour le compte du créancier était souvent réalisé sous la forme de l'*adstipulatio* ou de l'*adjectio solutionis gratia*, ou encore par l'emploi de *correi stipulandi* (Inst. III, 16 § 1 ; D. *De sol.* 46, 3, l. 34 § 1). Il pouvait être

également donné après la conclusion de l'obligation, sous la forme du *constitut*, le débiteur s'engageant à payer sa dette tel jour, à telle personne désignée par le créancier, et qui n'était au fond que le mandataire de ce créancier. Le créancier conservait son action, car le *constitut* n'emportait novation que lorsque telle était l'intention certaine des parties, et de plus le mandataire avait qualité pour toucher le paiement, et même pour l'exiger, par l'action *de constituta pecunia* ; il y avait *accessio personæ*, et non pas *novatio obligationis*.

L'*adstipulator*, le *correus stipulandi* avaient également qualité pour poursuivre le débiteur en justice, et pour lui faire *acceptilatio*. Au contraire, l'*adjectus solutionis gratia* n'avait que le droit de toucher le paiement ; il n'avait pas d'action, et ne pouvait faire *acceptilation* au débiteur.

Remarquons d'ailleurs que le paiement fait à l'*adjectus* est valable quand même celui-ci serait incapable en droit ou en fait. Peu importe donc qu'il soit esclave, impubère, fou. Le créancier n'a pas à s'inquiéter de la condition de l'*adjectus* ; il lui suffit qu'il ait été désigné par un créancier capable de recevoir lui-même le paiement (D. *De sol.* 46, 3, l. 9 pr.). L'incapacité de l'*adjectus* n'aura d'effet qu'au point de vue de la validité du mandat, et de l'action en reddition de compte du mandant.

La dérogation au principe de la non représentation ne souffre guère de difficulté dans le pacte *de non petendo*, de création prétorienne, et où l'on se préoccupe avant tout de l'intention des parties et de l'équité. Lorsque mon subordonné ou mon mandataire légal ou conventionnel faisait un pacte *de non petendo* avec mon créancier, j'acquerrais par son intermédiaire une exception que je pouvais opposer au créancier. C'est ce qui nous est dit, dans le cas particulier de la tutelle, par la loi 15, D. 2, 14: « *Tutoris quoque (ut scribit Julianus) pactum pupilli prodest* », et pour le cas d'un pacte consenti par une personne en puissance, par la loi 28, § 2 D. *De pactis*, 2, 14.

Mais quelle est au juste l'exception que l'intéressé pouvait opposer au créancier? On dit généralement que c'est l'exception *pacti conventi*. Nous ne le croyons pas: c'eût été une dérogation trop ouverte à la non représentation. D'ailleurs on ne dérogeait à ce principe que lorsque cela était nécessaire pour donner satisfaction à l'intéressé. Or, l'exception de dol lui suffisait ici pour repousser l'action du créancier intentée au mépris du pacte. Telle était déjà l'opinion de Trébatius, et Ulpien la confirme (D. *De pactis*, 2. 14, l. 10 § 2).

Nous appliquerons la même décision dans le cas du pacte de serment. Si mon mandataire a déferé le serment à mon créancier qui ne l'a ni prêté ni référé,

ou que mon créancier ait déferé le serment à mon mandataire qui a juré que la dette n'existait pas, je pourrai repousser la poursuite du créancier. Nous tirons argument en ce sens de la loi 28 pr. et § 3, D. *De jurejur.* 12, 2 ; nous y voyons qu'un *correus promittendi* libère tous ses codébiteurs en jurant que la dette n'existe pas, et même qu'un *correus stipulandi* dépouille les autres créanciers en déférant le serment au débiteur commun.

La première de ces deux solutions a seule passé dans notre droit français en matière de solidarité (C. civ. art. 1365).

Réciproquement, lorsque le mandataire faisait un pacte *de non petendo* avec le débiteur du mandant, le débiteur pouvait opposer au mandant une exception (Voy. les textes déjà cités).

Vu :

Le Président de la Thèse,
GÉRARDIN.

Vu : le Doyen,
GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	5
PREMIÈRE PARTIE. — De la non représentation dans la transmission de la propriété.....	15
DEUXIÈME PARTIE. — De la non représentation dans les actes créateurs et extinctifs d'obligations.	23
CHAPITRE I. — De la non représentation dans les actes créateurs d'obligations.....	23
SECTION 1. — On ne peut pas obliger autrui en contractant en son nom.....	24
§ 1. — Personnes en puissance.....	25
§ 2. — Mandat conventionnel.....	35
§ 3. — Mandat légal.....	44
SECTION 2. — On ne peut pas acquérir une créance au nom d'autrui.....	52
§ 1. — Personnes en puissance.....	53
§ 2. — Mandat conventionnel.....	57
§ 3. — Mandat légal.....	66
CHAPITRE II. — De la non représentation dans les actes extinctifs d'obligations.....	82

